ALEGACION
EN DERECHO
POR EL SEÑOR
DON NICOLAS MARIA PHELIPEZ DE GVZMAN Y CARRAFA, DVQVE DE SAN LVCAR LA MAYOR, Y DE MEDINA DE LAS TORRES, MARQVES DE TORAL Y MAYRENA, CONDE DE AZARCOLLAR,

Alcayde de las Casas Reales del Buen Retiro, Tesorero de la Corona de Aragon, &c.

Principe de Stillano, Duque de Sabioneda, y Duque de Mondragon, Gentil-Hombre de Camara de su Magestad, y de su Consejo de Estado.

CON
EL MARQVES DE LEGANES Y DE Morata, Vizconde de Butarque.

SOBRE
La propiedad del Estado de San Lucar, y Agregados.

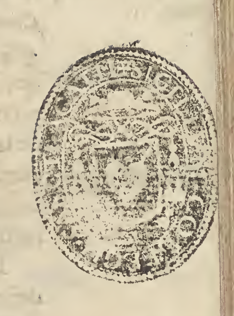
ESCRITA
Por el Doctor Don Ioseph Fernandez de Retes, Catedratico de Prima de Leyes jubilado de la Vniuersidad de Salaman del Consejo Supremo de su Magestad.

Por su Real decreto.

✠

⁂ IESVS ⁂

MARIA ⁂ IOSEPH.



INTRODVCION.



Scriuirè el derecho que el señor Duque de Medina de las Torres, oy Principe de Astillano, tiene à la Grandeza, Estados, Titulos, Dignidades, y agregados de la Casa de San Lucar, de que es posseedor por sentencia de tenuta de el Consejo: y quisiera escriuirle con precision, y breuedad, porque dixo bien Pyndaro: *Iustam ad causam tria verba sufficiunt.* Que no necessita la verdad de grande aparato de razones. *Latè quæruntur incerta, latius disputantur præsumpta, quanta difficultas probandi, tanta operositas persuadendi* (Et paulo inferius) *Nam, & certa semper in paucis, & amplius illi, quærere non licet, quam inueniri licet.* Debe ser la verdad Abogado, y argumento: que ella misma se persuada sin trauajo en el manifestarla. Mucho bastardea la oratoria, quando à fuerça de exageraciones, y arrojos, violenta, ò quiere violentar el animo de los Iuezes: y quien assi Aboga debe ser oido, y leydo con sospecha. *Nanque argumenta nascuntur, ex caussa, & pro meliore parte plura sunt semper, vt qui per hæc vicit, tantum non defuisse sibi aduocatum sciat. Vbi verò animis iudicum vis afferenda est, & ab ipsa veri contemplatione abducenda mens, ibi propriũ Oratoris opus est.* Esta es la diferencia de el Abogado, y del Orador: aquel se viste de verdad, y sinceridad, este de figuras, y cabilaciones: y à esta quisiera yo que correspondiera mi papel: que el contrario que he leido, ò me engaño, ò es todo Orador. Quien no fomenta buena causa, y ha de persuadir lo que no es, de fuerça ha de vsar de falacias, persuassiuas, ponderaciones, y artificios, porque de otra suerte poco aprouecharà. *Est & aliud dictorum, factorumque genus à sapientia proximo deflexu ad vafritiem progressum, quod nisi fallacia vires assumpserit, fidem propositi non inueniet.* Bien veo que ha muchos siglos que se tiene esta por Abogacia en el fuero: pero quien no sigue este instituto, como yo, dize sin ostentacion, mas debe mirar lo que ha de dezir, que la elegancia, ò amenidad conque se pue-

Tertull. *de Anima.*

Quintiliano *lib. 6. institution. orator. cap. 36.*

Valerius *lib. 7. cap. 3.*

de

Arnob. lib. 1. aduers. Gentes.

de dezir. *Pompa sermonis concionibus, litibus, foro, iudicijsque seruetur. Cum de rebus agitur ab ostentatione semotis, quid dicatur spectandum est, non quantà amænitate dicatur.* Y aunque he dicho mucho (porque la oposicion ha dilatado mi escrito) en el dezirlo, pienso que he guardado, à lo menos deseado guardar el præcepto de el gran Doctor de la Iglesia San Ambrosio, en cuya vispera se escriue esta introducion. *Alliga sermonem tuum, ne luxuriet, ne lasciuiat, & multiloquio peccata, sibi colligat, sit restrictior, & ripis suis coerceatur. Citò lutum colligit amnis exundans.*

Lib. 3. de officijs cap. 3.

Enfermedad es de nuestra naturaleza, pensar, y quexarse el condenado que le hizieron injusticia, conque alienta sus esperanças, y deshaoga sus quexas. *Quando enim victus quemuis alium, quam se æquiorem putat?* Pregunta es del mismo Santo Doctor: *obijcientes gratiam iudicis, vel suppositas fuisse personas, & cætera, quæ solent homines contra gesta, quibus vincuntur, SVSPICIOSA QVÆRIMONIA iactare.* Prosigue su gran Discipulo San Agustin. Con este conocimiento se debe tolerar à la informacion de Granada, que en cada numero llame falso à vn instrumento cierto, legitimo, y solemne, falsos todos los testigos, aunque sean Sacerdotes, Religiosos, y nobles, y sobre setenta vezes falso, y sobornado al Escriuano que le autorizò, diziendo, con afectacion de modestia, que deuiera ser quemado con las preseas que recibiò, como à Cham, à que no me ha parecido responder con conato, porque se responde con el Senario de vn Poeta Griego: *Sunt Hermodorij verba MERCIMONIVM.* Otro vicio, y deplorable del siglo presente, *verba vendere, & locare furias.* Con todo esso en la ocasion serà preciso dezir algo en defensa, porque *multa sunt digna reuinci, ne grauitate adorentur: vanitati proprie festiuitas cedit.* Solo con la verdadera, y puntual relacion del hecho, sin gastar tiempo en oposiciones, quando con ella las contrarias se deshazen, que no estriuan en la verdad. *Tantùm veritati obstrepit adulter sensus, quantùm, & corruptor stylus.*

Lib. 5. epist. 24.

In breuiculo collatione tertij diei.

Petron. in satirycon.

Tertullian. contra Valentinianos, lib. 1. cap. 6.

Confiesso que dos partes de este prolijo escrito, me movieron el estomago, y la hiel, q̃ se atreua à la memoria de vna de las mas graues Matronas, y mas esclarecidas señoras q̃ nuestra edad ha venerado, y que se arroge contra vn Ministro de primera clase, y grado, que executò el oficio justo, y licito, que le encargò la estrechez del parentesco con el señor Duque de Medina de las Torres, pero si quisiera tomar la defensa de tan grandes personages, les hiziera agrauio, aqui el menosprecio es la respuesta, y el mas seguro modo de salir de la ocasion, porque.

Plautus, Bacchidib.

Bacchæ bacchanti si velis aduersarier,
Ex insanà insaniorem facies, ferietque sæpiùs.

Là

La censura que tal hablar merece, el mismo Poeta la pone en estos versos.

Isthunc thesaurum stultis in lingua situm,
Vt quæstui habeant, male loqui melioribus.

Idem in Penulo.

Mas serios son los Autores, y mas graues las censuras que se siguen. *Nihil facilius, quam contra quemlibet congerere maledicta, non crimina: sed cum ad libros venerit, & pedem pedi contulerit, tum sudabit, tum hærebit.* Contra la arrogancia del dezir, asi juzgò San Iuan Chrysostomo. *Hi qui natura stulti sunt, miseriores sunt arrogantes: æquè siquidem risum mouent: atque æqua cum ipsis molestià laborant. Sed licet exorbitent non aliter quam illi, eorum tamèn nemo miseretur, quemadmodum illorum. Pariter desipiunt cum illis, veniam tamèn, quemadmodum illi, non merentur, sed solum exosi sunt.*

D. Hieron. *in epist. ad Domnion.*

Omilia 20. ad Renanos.

Responderè à lo que se alega contra el derecho del Principe, en la informacion, pero siguiendo el metodo de Lypsio, cuyas palabras pondrè aqui, porque las mias no pueden llegar á la propriedad, y à la gracia conque dà de si satisfacion, en vna respuesta como esta. *Vt etiam ordine, & veluti presso pede scripto eius insisterem, non placuit. Quid enim ille ordine dicit? Prima, media, vltima pleraque eadem: repetitio vbique, & mixtio, & vt Græci dicunt, OMNIA IDEM PVLVIS.* Vease la informacion, y se conocerà esta verdad, y aun ella mesma lo confiessa.

Alaerf. Dialogistam.

No vsarè de la arte de Abogacia en la ponderacion, y encarecimiento de la certeza de las proposiciones que se asientan, y de la falsedad de las que se refutan. Teniendo todo lo que se propone en fauor, por mas claro que la luz del medio dia, euidente, indubitable, sin genero de controuersia, terminos de que à cada passo vsa la informacion de Granada, y lo opuesto por falso, sin rastro de fundamento calumnioso, y destroncado: porque *Potestati, sub cuius examine caussa pendet, facit iniuriam, qui illius iudicium suo vult præiudicio præuenire.* Ademàs que por ser ya comun este modo de hablar, no tienen mas alma estas palabras que el sonido, y solo engañan a quien las compra. *Veritas docendo persuadet, non persuadendo docet.* Ni gastare copia de alegaciones brocardicas para fundar principios, que por ser comunes de la arte deuen constar a todos los que la professan: Et vt ille dicebat, quia *Phanaticorum est, & eorum, qui exierunt, è potestate mero meridie accendere lucernam.*

Verba D. August. *epist.* 137.

Tertull. *lib. 1. aduers. Valentinianos, cap. 1.*

Y aunque es verdad, que mis puestos, y la ocupacion que exerco me podian dar confiança, para entender, que el hecho, que assentare, se tendria por cierto; porque el gran Maestro Aristoteles llamò a la Dignidad, *Autopistes, per sè probabilis, cui fides ad hibeatur*: Con todo

esso citarè los folios del memorial, segun la impression de Granada, para todo el hecho, que refiere: ni quiero ser creido, *tanquam testis à Iovis tabulis*, vt est Græca paræmia; sino en quanto lo que asiento por cierto, con lo que està escrito, y certificado. Y esso mismo pido se guarde con la informacion contraria; que se la crea lo que justifica con el memorial, ocurriendo, y recurriendo a èl: no lo que dize, que se halla en èl: que en muchas cosas falta a lo que asienta. Enfin diga por ambos el gran Padre, y Doctor de la Iglesia San Agustin. *Tam male existimasti, non dicam de Christianis: sed de genere humano, vt crederes tua scripta, & mea in manus aliquorum non posse peruenire prudentum!*

Ad e s. litteras Petiliani lib 3. cap. 1.

El methodo, que me ha parecido segir, es ir escoliando, notando, y explicando todas las fundaciones, y disposiciones, que hizieron juntos, ù de por si los señores Conde, y Condesa de Olivares, desde el año de 1624. hasta el de 49. respondiendo en cada vna a lo que se opone, ò se ofrece. Omitidas las questiones de tenuta, porque estamos ya en la propiedad, despues pondrè el estado de la controuersia presente, y el que tuuo en el juizio de tenuta, acabando con la autoridad de lo determinado en el Consejo. Procurarè poner cada cosa en su lugar, porque confio en su misma obligacion, que los Señores Iuezes han de leer todo este papel, aunque largo, *vbi dixi, quod oportuit, & vbi oportuit, sit non frustra dictum.*

D.Bernard *epist. 219.*

Guiame el merito de la obediencia a su Magestad (que Dios guarde) pues por primero, y segundo decreto, fue servida de mandarme me encargasse desta defensa: y quando mi suficiencia no alcançara al assumpto, el mismo merito me diera fuerças. *Cæsar sed iussit, habebo.* Porque por los que somos todos de los Principes dixo Tacito: *Nobis obsequij gloria relicta est.*

Lib. 3. annal.

§. I.

DE LA DISPOSICION DE LOS SEÑORES Conde, y Condesa de Olivares su muger, hecha el año de 1624.

1 ESTA disposicion fue comun de ambos a dos señores. Quando la hizieron, viuia la señora Doña Maria de Guzman su hija vnica, legitima Marquesa de Liche. Contiene la agregacion al Estado de Olivares, de la Grandeza, bienes presentes, y futuros, que ambos avian adquirido, y durante su matrimonio adquiriesen. Reservan el vsufructo para si, y para el vltimo que sobreviuiesse de los Fundadores. Los llamamientos son regulares, con ciertas condiciones, que todas miran a la estimacion de la familia, y conservacion de las Armas, y apellido de Guzman.

2 El Memorial *num.* 17. dize, que la presentò el señor Marques de Leganes (no alcançò el fin, porque no pudo pretender por ella llamamiento, ni exclusion del señor Duque de Medina de las Torres, que hasta entonces no estaua casado) en el juizio de tenuta, autorizada por Geronimo de Aguilar, Escrivano del Numero de esta Villa, que dize la saca de vn quaderno de escrituras de diferentes años, que parece se otorgaron ante Iuan de Santillana, Escrivano de su Magestad, difunto, que al presente està en su Oficio (y no dize se le entregassen por justicia, y por inventario, como era menester) y que al fin de la dicha escritura parece estar firmada de dos firmas, que dizen; la vna, El Conde de Olivares; y la otra, La Condesa de Olivares; y que no està firmada del dicho Iuun de Santillana, aunque en el dicho quaderno ay muchas firmas del susodicho.

3 Por lo qual esta escritura, y fundacion, no es mas que vn papel simple, sin fee, ni sustãcia, por averse dado signada despues del termino de la *l.* 15. *tit.* 25. *lib.* 4. *de la Recopil.* y sin preceder las diligencias de la *l.* 10. & 11. *tit.* 18. *part.* 3. que estàn mandadas guardar por la *l.* 17. *del mismo tit.* 25. ni aun parece que se otorgasse ante testigos, que es requisito essencial, *l.* 54. *tit.* 18. *part.* 3. *l.* 13. *dict. tit.* 25. Y no estando el protocolo firmado al fin, como dispone la *l.* 12. *eod. tit.* ni la escritura subscripta, ò firmada con la formula acostumbrada *ante mi*, es nula por derecho, y por estilo comunmente observado, D. Covarr. *in practic. cap.* 19. *num.* 5. vers. *Septimò*, Azeued. *in dict. l.* 12. & *in dict. l.* 13. *num.* 47. Parlad. licèt remissivè *lib.* 2. *rer. quotid. cap.* 20. *ex num.* 15. & alij noviores.

4 No he querido omitir este instrumento, aunque no averiguo el fin con que se presentò, por no dexar ninguna disposicion de vn señor fundador, y otro, sin apurar los reparos que puede tener; y assi passarè a la del año de 1628.

§. II.

De la escritura de Mayorazgo que otorgaron los dichos señores Conde, y Condesa de Olivares, à 11. de Diziembre de 1628. que està en el Memorial à num. 19.

5 La fundacion deste Mayorazgo se hizo por escritura intervivos jurada, aunque no por causa onerosa. Y a auia muerto la señora Doña Maria de Guzman, Marquesa de Liche, casada con el señor Don Ramiro Felipez de Guzman, Marques de Toral, que quãdo se fundò ya era Duque de Medina de las Torres.

6 En ella se puede considerar el afecto que ambos a dos señores fundadores tuvieron al señor Duque de Medina de las Torres, y a conservar su nombre en la Varonia, y Guzmania de Toral; no solo en aver añadido a los timbres de sus Armas el mote P.G.L. *primam Guzmanorum lineam*; sino en que parando el Mayorazgo en hembra, quiso que casasse con Guzman, varon de varon, escogiendo primero de sus mismos descendientes varones de varones el señor Conde Duque: Voto, y deseo natural; porque ninguno ay que prefiera agenas descendencias a las proprias, *l. Cum avus 102. ff. de condit. & demonstrat. l. Cum accutissimi, C. de fideicommiss.* Y a falta de ellos le escogiò en la descendencia, como dize, *de Ramiro Nuñez de Guzman, Marques de Toral, en quien avemos instituido otro Mayorazgo con titulo de Duque de Medina de las Torres: porque por este camino se buelva à hazer la junta que nosotros aviamos procurado.* Y a falta de estos, llama los descendientes de su padre el Conde de Olivares Don Enrique; y a falta dellos los de su abuelo; y a falta los del Duque de Medina-Sidonia, que era su descendencia; y a falta los descendientes de la Casa de Toral, que no desciendan de Ramiro.

7 Reservaron el vsufructo por las palabras que se contienen en el *num.* 22. De los bienes contenidos en este aumento, Nos los dichos Conde, y Condesa; y cada vno de Nos in solidum, hemos de ser vsufructuarios por nuestras vidas, y de cada vno de Nos, el que sobreviuiere ha de gozar el dicho vsufructo enteramente. Y en el *num.* siguiente, hablando por si sola la dicha señora Condesa, dize: Que porque la pueden pertenecer alguna parte de bienes de los que se haze, y funda este Mayorazgo; declara que es su voluntad, que no quedando hijos, ni descendientes suyos, ha de gozar todos los bienes dèl enteramente la persona, ò personas que el Con-

Conde nombrare, reservando solamente para su vltima disposicion treinta mil ducados, en que consintiò el señor Conde *alli*. Assimismo tiene reserva de poder mudar, alterar, y quitar en todo, y en parte la dicha disposicion, por contraria voluntad intervivos, ò causa mortis, reservada para el señor Conde, y cedida esta facultad por la señora Condesa su muger. No tiene llamamientos mas que de la linea efectiva de descendiētes, porque para los demàs se refieren a los que dexaren hechos en testamento, ò en escritura a parte.

8 De esta reserva de vsufructo, se acordò despues, estando a la muerte en esta Villa, passados tantos tiempos, acaecimientos, y disposiciones la señora Condesa Duquesa de Olivares, y de San Lucar, a 9. de Setiēbre de 1647. años, viuiendo el segundo Marques de Mayrena Don Gaspar Felipez de Guzman, nieto de el señor Conde Duque, y instando los pleytos que a la Casa auia puesto el señor Don Luis de Haro, pariente transversal mas cercano, y de mejor linea de el señor Conde Duque, hijo de la señora Doña Francisca de Guzman su hermana mayor, Marquesa del Carpio. Y por escriptura, que està *en el Memor. num.* 330. dize: Que està gozando de el vsufructo, que se reservò en la escritura de fundacion, y agregacion de mayorazgo de el dicho año de 1628. y que en la via, y forma que mas aya lugar de derecho; y porque le quedan bienes de que vivir, y disponer, desde luego renuncia todos los bienes del dicho vsufructo en el dicho Marques de Mayrena Don Gaspar Felipez de Guzman, paraque como legitimo posseedor, que es de el dicho mayorazgo, desde luego pueda tomar la possession de la Villa de San Lucar la Mayor, y de los demàs bienes de èl: *Para lo qual desde luego se desiste, y aparta de el dicho derecho de el dicho vsufructo, y le cede, y renuncia en favor de el dicho Marques de Mayrena.* Y entrega la escritura de cession, y renunciacion a la señora Doña Iuana de Velasco, Marquesa de Mayrena su madre, como madre, y tutriz del dicho Marques D. Gaspar, que la acepta, como en la cession se contiene, y como mas aya lugar de derecho.

9 En esta fundacion tenian llamamiento literal los hijos naturales, y bastardos en defecto de descendencia legitima; *Memor. n.*23. Y siendo en el tiempo, en que se hizo la renunciacion los pleytos con el señor Don Luis de Haro mas proximo transversal cognato; para vencerle en la possession actual, buscaron vn muy sutil medio los Abogados de la señora Condesa, y del Marques, que fue el de la cession de el vsufructo, en que ni su Excelencia podia dar, ni quien no fuesse muy astuto en las artes del fuero: porq̄ si se desistiesse la sucession por aquella fundacion, el Marques de Mayrena tenia primer linea, y llamamiento

literal, y ya era señor del mayoraz go en propiedad, aunq̃ la actual possession estuviesse embarazada: la señora Condesa solo vsufructuaria, como parece de la clausula citada, en que el sobreviuiente enitada, en que el sobreviuiente expressa, y repetidamente se reservò solo el vsufructo; por esso en la renunciacion se llama tantas vezes vsufructuaria; y es modo ficto, pero muy conocido en derecho, para traspassar en otro la propiedad, reservarse, y sacar para si el vsufructo formal, que es especie de constituto possessorio, *l. quisquis* 28. *C. de donationib.* sobre la qual ay vna insigne, y curiosa nota de Dionisio Gothofredo, y copioso comentario de su hijo Iacobo, *ad eundem tit. de donationib. in Theodos. sub leg. donationes* 8. *& leg. vlt.* donde dize con el mismo sentido, que es ficcion, *breuis manus, vt in l. 3. §. pen. ff. de donat. inter.* cum alijs, quas congerit, text. etiam Iustinianis idem confirmat *in l. si quis argentum* 25 *§. vlt. C. eod. tit. de donat.* & apud Nos *l.* 90. *tit.* 30. *part.* 3. vbique Clasic. & Ossuald. *ad Donell. lib.* 5. *cap.* 10. *litt.* B. Dom Valenç. *consil.* 119. *ex numer.* 27. Noguerol *allegat.* 14. *ex num.* 49.

10 Considerando, pues, dueño de la propiedad del mayorazgo al Marques de Maytena, en el sentido, que lo es el que le goza, *l. species* 15. *ff. de auro, & argento legato.* Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 19. *à n.* 4. *præsertim num.* 7. La cession hecha por el vsufructuario al proprietario, de tal suerte es eficaz, que consolida la propiedad cō el vsufructo; y compone vn pleno dominio, extinguiendo el vsufructo formal, *§. vlt. versic. Item finitur inst. de vsufructu, l. si vsus fructus* 66. *ff. de iure dot.* Vlpianus *in fragmentis regul. tit.* 14. *§. In iure* 11. *l.* 24. *tit.* 3. *part.* 3. D. Couar. *lib.* 1. *variar. cap.* 8. *num.* 7. Arias Pinell. *in l.* 1. *part.* 3. *num.* 39. *C. de bonis matern.* Anton. Gomez 2. *tom. var. cap. vlt. num.* 15. Petrus Barbos. *in l. vsufructu* 58. *à princip. ff. solut. matrim.* Ioann. Garcia *de expensis cap.* 10. *ex num.* 27. Donell. & Ossuald. *lib.* 10. *comment. cap.* 19. *à princip.* Dixi, & Ego *lib.* 1. *Opusculor. cap.* 19. *num.* 8. & affatim magnà Auctorum copià, provt copiosus est Auctor, Dom. Olea *de cessione iur. & action. tit.* 2. *quæst.* 5. *num.* 2. *& tit.* 3. *quæst.* 1. *ex num.* 9. *& quæst.* 5. *eiusdem tit. num. vltimo.* Vbique qualisqualis diligentiæ nostræ, & Opusculorum nostrorum mentionem faciens elogijs equidem, quibus ipse dignus est.

11 Y assi, aunque se dixo, que esta diligencia auia sido invtil, y vana en los papeles que se escrivieron para la instancia de tenuta; porque auiendose acabado el vsufructo, luego al punto con la muerte de la señora Condesa, que sucediò el dia siguiente al de la cession, no auia podido servir de cosa alguna; pues resuelto el derecho del que diò, se resuelve el derecho del que recibe, *l. lex vectigali* 32. *ff. de pignorib.* no se discurria cō todo el emphasis, y destreza que tenia esta cautela; porque el vsufructo cedido al proprietario, se

acaba al instante que se haze la cession, y yà no depende mas de la vida del vsufructuario; luego, pues se traspassò al propietario, y se consolida con la propriedad; y luego començò a posseer corporalmente por la ficcion del constituto el Marques de Mayrena, que era lo que se pretendia; y esto no podia ser si huviesse de aguardar a vsar de la disposicion de la señora Condesa, que obraua despues de su muerte. Y assi se ordenò, para hazerle posseedor por esta arte en vida de la instituidora del mayorazgo, juzgando los Abogados, que mirando a vn mismo fin los remedios, que era el apossessionar quieta, y pacificamente al Marques de Mayrena, primer llamado en el instrumento del año de 1628. y en el de la señora Condesa, no se obstauan in vicem los intentos, y q̃ tenia eleccion de vsar del que mas eficaz, y fauorable le fuesse, para assegurar el pleyto. Que es tambien cautela juridica vsar de dos remedios, aunque entre si fuessen obstantes, y contrarios, si por ellos se intenta el mismo fin, como enseñan *la Glos. in l. pecorib. C. ad leg. Aquil.* post Clasicos antiquiores Alexander *in l. si finita* 15. *§. eleganter. num.* 23. *ff. de damno infecto*, Calderin. *consil.* 13. *de appellat.* aliàs 219. *versic. Item proponitur*, Ægid. Bellam, *consil.* 10. *num.* 54. latè Dom. Valenç. *consil.* 70. *ex num.* 94. Dom. Salgad. *de retent. Bullar.* 1. *part. cap.* 11. *num.* 23. & 24. Y es doctrina Brocardica, apud Thusc. *litt. C. conclus.* 1005. *n.* 25. August. Barbos. *axiomat.* 58. *num.* 9. & 10.

12 No es mi animo dezir, que esta cautela fue del todo fundada en derecho, solo la escuso, porque tiene especie, y color de agudeza; porque en la realidad, si la señora Condesa no fuera mas que vsufructuaria, no posseyera las cosas de que gozaua el vsufructo formal como se prueua de la *l. naturaliter* 12. *in princ. ff. de adquir. poss.* illis verbis: *Naturaliter videtur possidere is qui vsufructum habet*, que indican lo impropio de la possession, pues solo la dà de hecho, ò tenencia la palabra *naturaliter*, y la palabra *videtur*, que tambien es de impropiedad, y mas expressamente la *l. sciendum* 15. *§.* 1. *vers. Eum vero ff. qui satis dare cogant*, *l.* 3. *§. Pomponius* 12. *l. Celsus* 5. *§.* 1. *ff. ad exhibend. l.* 1. *in princ.* & *§.* 1. *ff. quod vi aut clam. l. adquiruntur* 10. *§.* 1. *ff. de adquir. rer. domin. l.* 1. *§. per eum* 8. *l. permisceri* 52. *ff. de adquir. possess. l.* 1. *§. quæsitum* 8. *ff. quod legator. l.* 1. *§ quod autem* 33. *l.* 3. *§. vnde vi* 13. & *§. Qui vsufructum* 17. *ff. de vi, & vi armat. l. certè.* 6. *§. is qui rogauit. ff. de precario. §. de his autem seruis. inst. per quas personas nob. adquirit.* antes bien las posseyera para el proprietario, y en su nombre, *l. arboribus* 12. *§. de illo de vsufructu, l. si homo* 35. *in fine de vsucap.* y como para que por el constituto possessorio, con el acto de constituirse posseedor para otra, y en nombre de aquel à cuyo fauor se haze, requiera el derecho necessariamente verdadera, y actual possession

en el constituyente, *l. quod meo nonomine* 18.*ff. de adquir. possess.* Siguese que el vsufructuario que constituye posseer para otro, nada haze: porque si es à fauor del proprietario, es acto superfluo, pues el proprietario es quien possee por medio del vsufructuario, *dict. l. quisquis* 28. *C. de donat.* y si à fauor de estraño, no puede traspassar por aquel acto possession que no tiene *l. Pomponius* 29. *ff. quib. mod. vsufr. amittat. l. interdum* 21. *§. vltim ff de adquir. posses.* vt sub his terminis docent Anton. Gomez *in l.* 45. *Tauri num.* 88. Tiraquell. *de iure constituti* 3. *part. limit.* 13. *num* 6. Posthius *de manutenendo obseruat* 20. Noguer. *allegat.* 14. *ex num.* 49. Augustin. Barb. *de clausulis, claus.* 31. *ex num.* 29.

13 Bien sea verdad que aunque la sentencia de que el vsufructuario no possee, y que el que possee es el proprietario, por ministerio dèl, sea cierta, que defienden, como fundada en derecho, Raphael Cumanus *in d. l. naturaliter* 12. Cuiac. *lib.* 9. *obseruat. cap.* 33. *& lib.* 18. *cap.* 24. Conanus *lib.* 3. *comment. cap.* 10. Donell. *in l. si quis* 7. *num.* 3. *C. vnde vi*, Antonius Faber *in rațion. ad l. Celsus* 5. *§.* 1. *ad exhib.* Hieronymus Treutlerus *volum.* 2. *select. disp.* 21. *thesi* 4. *& in notis litt. G.* D. Valentia *lib.* 1. *illustr. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 43. *&* 44. Dom. Amaya, *lib.* 2. *obseru. cap.* 7. *num.* 31. *&* 32. & cum multis Alvarus Valascus *de iure emphyt. quæst.* 18. *num.* 6. *&* 7. con todo esso la opinion de que el vsufructuario possee naturalmente la cosa en que tiene el vsufructo, y sola civilmente el proprietario; es tambien de muchos, que se engañaron por la letra *de la ley naturaliter*, que refiere, y sigue en ella Iasson, vbi & Hubertus Gifanius *in Altorphina lectura*, Duarenus *in l.* 1. *§. per eum de adquir. possess.* Menoch. *de recept. remedio* 1. *à nu.* 72. Benedictus Pinellus *lib.* 2. *selectar. cap.* 9. *num.* 19. Y entre los Practicos no es menos comun, que la verdadera; por lo qual no son de reprehender los Abogados, que aconsejaron, siguiendo esta opinion, que tendrian por cierta, ò al menos por probable a la señora Condesa, que cediendo el vsufructo de los bienes en el Marques de Mairena le traspassasse por la clausula de el constituto possessorio la possession natural, que pensauan que residia en su Excelencia, para que juntandose por este medio ficto con la ciuil que tenia el Marques por adherente a la propriedad, quedasse posseedor ciuil, y natural para contrastar con el señor Don Luis de Haro.

14 Mas culpable fue que se lo aconsejassen, trayendo este derecho de vsufructuaria de tal disposicion, como esta, antiquada, olvidada, y revocada por el señor Conde Duque dos vezes, muchos años despues. Y por la misma señora Condesa en dos disposiciones que hizo, en virtud del poder de su marido. Y aunque es verdad, que el pretexto fue assegurar tambien por este camino el derecho de el

Mar-

Marques de Mayrena, como se ha visto: no se dexa de descubrir otro mas politico, ò mas cortesano; segun el estado de las cosas de aquel tiempo, leyendo con atencion la clausula de la agregacion de la grandeza a el Estado de Olivares, y la fundacion del Marquesado de Liche para el Primogenito, que se quiso retocar, y redorar con el pretexto de esta superflua, y cautelosa cession de vsufructo, que su Excelencia la señora Condesa, ni tuuo por la fundacion de 1628. ni podia yà tener como heredera de su marido, pues era dueño de la propiedad plena de todo. Pero esta investigacion no nos toca, basta apuntarla.

15 No ha quedado sin reparo en el juizio de tenuta, ni lo està en el de propriedad esta declaració, porque los Abogados del señor Marques de Leganes, en esta Corte, y en Granada han hecho de ella fundamento, y muy ponderado, para persuadir que la señora Condesa no perseverò en el dictamen que al principio tuvo del valor de el poder para testar, que su marido le diò en la Ciudad de Toro; que se quiso con aquel hecho apartar dèl, y del titulo de heredera que tenia, y en cuya virtud avia dispuesto de los bienes de su marido, como de bienes proprios suyos; y asimismo del titulo de Comissaria para testar, aunque tambien tenia ya hecho testamento como tal. Todo esto por juzgar aquel poder por invalido, y todo lo hecho, y executado por su virtud, defiriendo mucho mas al testamento del señor Conde Duque, hecho en esta Villa el año de 1642. de quien dizen que ya tenia noticia. Y la informacion de Granada la carga de escrupulos de conciencia en aquel vltimo periodo de la vida; y que por librarse de ellos, a consejo de su Confessor hizo esta cession, amplificando esta suassoria con aparato, y abundancia de ponderaciones; que repite muchas vezes.

16 Aviendo recurrido à las palabras de la cession, no hallo en ellas cosa alguna que pueda hazer consonancia a este intento; porque no se habla palabra de vn testamento, ni otro, ni de apartarse de los derechos que su Excelencia tuviesse a los bienes de dicho señor su marido, por otros titulos: solo dize, que en aquella via, y forma que aya lugar de derecho, le cede el vsufructo, *para que como legitimo sucessor, que es del dicho Mayorazgo* (y no dize porque fundacion, siendolo por quatro) *pueda desde luego* (notese la palabra desde luego) *tomar la possession de la dicha Villa de San-Lucar la mayor, &c.* Desuerte, que el intento fue hazer desde luego posseedor al Marques, como està dicho, con el emplasto, ò cautela del constituto possessorio, fingiendo residir el vsufructo formal en la señora Condesa, que no residia; y arrastrando, ò trayendo su derecho de vn titulo revocado, y olvidado, ocurriendo à estos escrupulos con

aque-

aquella clausula, que llaman los Practicos saludable, *en aquella via, y forma que mas aya lugar en derecho.* Y assi nos podriamos despedir desta instancia, solo con dezir, que los actos no obran vltrà de la intencion del que los haze, *l. Si quis nec causam 4. l. Non omnis 19. ff. de reb. credit.* Que este acto se hizo para constituir posseedor instantaneo al Marques de Mairena; y assi que no puede obrar efecto tan grande, y tan notable, como revocar dos testamentos que la señora Condesa avia hecho, en virtud del dicho poder de Toro, y anularle, como vicioso. Podriamos dezir tambien, que tan grande, y tan notable efecto como este, no se deue colegir de qualquier indicio mediano, *l. apud Labeonem 15. §. ait Prætor 25. ff. de in iur.* ibi: *Sed videtur, & ipsi Labeoni, & ita se habet Prætorem eandem causam sequutum voluisse etiam specialiter de ea re loqui. Ea enim, quæ notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta.* Pues que hombre avrà, que haziendo mediano juizio, de que la jurisprudencia es arte de lo justo, y de lo llegado à razon, se persuada que vna cession como esta, y en esta sazon hecha, pudiesse seruir para reuocar tantos testamentos, y disposiciones, como tenia hechos la señora Cõdesa en virtud de aquel poder?

17 Discurramos aora en los fundamentos; para que reconozcamos su deuilidad, sacanlos de la *. si filius emancipatus 30. ff. de minorib.* en que si vn hijo emancipado, que auia pedido restitucion in integrum, como menor de edad, cõtra el lapso del termino, en que pudo pedirla bonorum, possession contra tabulas patris; durante el conocimiẽto de la causa, y pleyto, hecho ya mayor de edad aceptasse vn legado que el padre le huuiesse dexado en el testamento, ò tablas contra que auia de pedir la bonorum possession, si para ello la restitucion se le concediesse, no puede pedirla de aì adelante. Porque *electo iudicio defuncti, repudiatum beneficium Prætoris existimatur.* No se valdràn del texto, ò hypothesi, porque es sin proposito; pero valdranse del sumario de Bartulo, que dize: *Contrario actu tacitè quis videtur renuntiare in integrum restitutioni.*

18 Valense tambien de la *l. Clodius Clodianus 97. ff. de adquirend. hæredit.* en que se refiere vn decreto imperial, dado en controversia de Papiniano, y Paulo: fue el caso, que Clodiano hizo primer testamento, en que instituyò a vno por heredero: este primer testamento fue solemne; hizo despues segundo testamento instituyendo por heredero al mismo q̃ en el primero lo estaua: pero este segundo testamento, juzgandolo al principio por legitimo, pareciò invalido. Muerto el testador aceptò el heredero la herencia por el segundo testamento, y no carece de emphasis, y gran misterio el termino de que vsa el Cõsulto: *Scriptus heres, cum posterius putaret valere,*

re; ex eo hereditatem adire vo luit: no quiere dezir, que quiso aceptar, voluit adire, sino que deliberada, y determinadamente aceptò con plenissima voluntad, assi in l. vltim. ff. de divis. rer. se dize: *Nam, & Romuli frater Remus occisus traditur ob id, quod murum trascendere voluerit.* Y no significa el connato, ò veleidad, sino el hecho voluntario, en menosprecio del vando de su hermano, como cuentan Livio *lib.* 1. Halicarnaseo *lib.* 2. *antiquitat. Romanar. cap.* 90. ex partitione Sylburgij. Bolviendo al caso; como la aceptacion hecha en virtud del segundo testamento inutil, no pudiesse surtir efecto; se dudò si podria bolver el heredero a hazerla por virtud del primero, que no se rompiò por el segundo, *§. Posteriore, instit. quib. mod. testament. infirment.* Paulo dezia vna cosa muy natural, que el q̃ aceptò por el segundo, juzgando que valia, no fue visto repudiar el derecho que le competia por el primero: *Dicebam, non repudiare eum qui putabat testamentum valere.* Lo contrario sintiò Papiniano, Principe de nuestra Arte, *repudiasse eum ex testamento posteriore, ex priore autem non posse adire.* No puede dexar de tener su respuesta altissima razon de derecho, porque a la primera luz parece iniqua; y la tiene sin duda: porque el que quiere aceptar por vn testamento, deve hazer eleccion dèl con plena destinacion de animo, y con deliberada eleccion, que se pide por prævio a la adicion, *l. Filiar* ... *de* *adquir. hæredit.* a diferencia de la gestion pro hærede, que se haze nudo animo, y assi no la vicia el error, *l. Eum bonis* 87. *ff. eod. titul.* Esto es lo que se aputa en la Cathedra por los derechos, y ritos Romanos; y yo lo dixe en mis lecturas a la materia de *adquir. hæredit. cap.* 3. *num.* 7. por si huvieren llegado aquellos manuscriptos a manos de alguno que lea este papel. Oidos ambos Iurisconsultos, sentenciò el Emperador, que Clodiano muriò abintestato; porque el testamento de que aceptò el heredero, fue inutil, y el primero se destituyò, no se aviendo aceptado, ni podido aceptar la herencia por èl, *l.* 1. *ff. de in iusto rupto.* Y segun derecho, este es el verdadero sentido, y dèl se valen los Abogados del señor Marques, pues dizen, que por elegir el instrumento inutil, repudiò, refusò, y se apartò del vtil, ù del postrero, por dezir que es incompossible ser vsufructuaria, por la fundacion del año de 1628. y ser heredera por el poder de Toro del año de 1645. Pero yà que les hemos hecho el texto, y la ponderacion, como corre en las Escuelas, valganse como en ellas corre, y cõ los principios de que se viste. Que es menester *velle adire*, aceptar la herencia con determinada, y plena voluntad, para induzir la tacita repudiacion del primer testamento, la qual deviamos averiguar primero en la señora Condesa, y que a este fin lo hizo, y no a otro; y reconozcan, que la sentencia de Papiniano corria en los escrupulos

de la aceptacion antigua, y no en otros actos de adquirir la herencia, por gestion pro hærede, ò immixtion de los suyos, y confessaràn, que vn derecho que tuvo tanta especialidad para aquel acto, no concluye facilmente para otros.

19 Bien reconocieron los interpretes esta especialidad, ò si no la reconocieron los antiguos, alcançaron por lo menos, que tomada esta decision, como suena, era iniqua: Accursio verb. *Putabat*, hablando de la opinion de Papiniano, quæ proculdubio obtinuit, glosò assi: *Et malè!* y lo que es mas Gothofredo, que pudo ver los Autores, que descubrian la verdadera razon de aquel derecho, y verdadero sentido de el texto, notò lo mismo, y despues corriẽdo en la misma inteligencia vno, y otro Glossador, a la nota de Paulo contraria, añadieron. *Et benè*. Bartulo *num.* 2. dize: *Fateor, quod Papinianus malè dixit, & quod malè pronuntiauit: & quod Paul. benè dixit.* En lo mismo prosiguen Paulo de Castro, alli en la insigne repeticion sobre este texto, y otros Classicos. *Et in l. quæ fideicommissa* 79. *ff. de legat.* 2. Gregorio Lopez *in l.* 19. *tit.* 6. *part.* 6. *glos.* 3. per text. ibi: *Porque non podria renunciar el derecho que auia en la heredad por razon del testamento pues no lo sabia*, citans ad hoc text. *d. l. Clodius Clodianus*, Spino de Caceres *in speculo testam. glos.* 30. *principali num.* 34. *& duob. seqq.* & cum alijs noster Primarius Dom. Pichard. *in lecturis Salmat. de adquir. hered. cap.* 10. *num.* 5. *& in §. Ex eo autem solo inst. quib. mod. testam. infirm. ex num.* 14. Dom. Salgad. *in Labyr.* 4. *part. cap.* 9. *ex num.* 12. Que es el modo con que esta question se recibe en la practica de los Tribunales: en el qual sentido, ni haze, ni alude a el intento de los Abogados del señor Marques; pues prueva lo contrario de aquello para que se induxo; conviene a saber, que el que haze vn acto de aprobar vn testamento inutil, pensando que es valido, no se aparta del derecho que tiene a el testamento valido, ni le daña el error. Y en vna muger no le daña, aunque sea error de derecho, vt solet ad rem præsentem probari, *ex d. l. quæ fideicommissa* 79. *de leg.* 2.

20 Aunque digo que se valen destos dos textos, no se valen tanto de su decission, quanto del brocardico, ò axioma comun que de ellos se saca: *Dos contrarios no pueden existir a vn mismo tiempo; porque el ingresso de el vno se impide con la existencia del otro; no se compadecen en vn mismo sugeto*, con otras proposiciones comunes deste tenor. Que se hallan en los Autores que escriuen lugares comunes, apud Barbosam *axiomate* 58. Thuscum, *litt. C. conclus.* 1005. Dueñas *reg.* 25. & alios, quos congerit Dom. Salgad. *d. prima part. de retent. Bullar. cap.* 11. *ex num.* 4. Dizen, pues, que son incompossibles, valer, y valerse de esta fundacion del año de 628. y de el poder otorgado en la Ciudad de Toro, en que fue instituida por heredera vniuersal la señora Condesa; y que por el mismo hecho de auerse valido de él, se apar-

apartò, repudiò, y anulò todo lo hecho, gozado, y executado en virtud de aquel poder, assi lo hecho, como comissaria, como lo executado, como dueño, y heredera.

21 Para responder a estas instancias: Lo primero supongo, que no le importa al señor Marques de Leganès cosa alguna, que valga este instrumento de que hablamos; pues por èl no puede mostrar llamamiento, con que por esta parte està excluso por la regla del texto *in l. loci corpus* 4. *§. Competit. ff. si servit. vindic.*

22 Por la parte que mira à la manifestacion de animo, que se suele sacar de vn instrumento inutil, porque los que son inhabiles para disponer, son habiles para declarar la voluntad, *l. vlt. ff. de reb. eor. qui sub tutella, vel cura sunt.* Tãpoco haze fuerça este argumento, porq̃ esta regla se entiẽde en aquellos instrumẽtos q̃ directamẽte expressan la voluntad del difunto, no en aquellos q̃ la indican, obliquo, aut per consequentias. Como si el padre diò licencia que se vendiesse vn predio rustico, ò subvrbano de su hijo menor, en vn testamento irrito, ò menos solemne, que dexò de valer por defecto de solemnidad, ò se irrito por otra causa de derecho, que es el exemplo *de l. vlt. alegada*, vbi Bald. & communiter Clasic. *l. fundum* 3. *§. vlt. ff. de instructo, vel instrum. legat.* vt cum iudicio docuit Alvarus Valascus 1. *tom. consult.* 61. *ex num.* 17. *maximè num. vlt.* y aunque el señor Castillo *tom.* 5. *contr. cap.* 108. *num.* 15. con el Cardenal Mantica, y Simon de Pretis, sintiò, que no era tanta la fuerça del instrumento, ò voluntad nula, que bastasse para quitar lo dispuesto, vtil, y eficazmente; con todo esso, se halla caso que quita lo que no pudo dar, por la expressa, y determinada voluntad que de la invtil disposicion se colige, *leg. pen. §. Matr. ff. de adim. legat.* vt post Cuiac. *lib.* 22. *obseruat. cap.* 1. Ossuald. ad Donell. *lib.* 8. *cap.* 17. *litt. B.* dixi *lib.* 4. *Opusculor. ad l. vlt. §.* 1. *de his quib. vt indign.* addendus noster antecessor Arias de Messa, *lib.* 2. *var. cap.* 5. *num. pen. & vlt.* Pero quando no deroga expressa, y formalmente la otra voluntad, y solo se opone a ella, por mas q̃ se forme argumento, que quien queria disponer en aquella forma, fue visto apartarse de la contraria; nunca es tan fuerte que concluya contra lo que està dispuesto vtilmente: antes bien sucede la regla de la *l. alumnæ* 30. *§. Qui filias* 3. *ff. de adim. legat.* que no se aparta totalmente de la otra voluntad, sino es en quanto la reformò: *Respondit, non à tota voluntate recessisse videri, sed ab his tantum rebus, quas reformasset*, docent cum alijs Dom. Valenç. 2. *tom. cons.* 160. *nu.* 87. Dom. Castillo *lib.* 3. *contr. cap.* 15. *num.* 28. qui alios referunt. Hablando en la disposicion vtil, que es mucho mas eficaz que la invtil, Antonius Gamma *decis.* 153. *num.* 3. & ibi Flores de Mena.

23 Lleguemos, pues, con esta doctrina a discurrir en el hecho desta

desta cessiō; lo quē contiene, es vn traspasso de vsufructo, y esse invtil en el Marques de Mairena, sucessor indubitado de aquellos Estados por todas las postreras volūtades; solo no lo podia ser por la del año de 1628. por estar revocada, no por no estar en ella comprehendido. El intento con que se haze es, para que mejor, y mas facilmente suceda, haziendole desde luego actual posseedor; pues que discurso legal, ni aun discreto puede razonar que la señora Condesa revocaua con esta obliqua voluntad, sacada por consequencias, y no expressa aquellas fundaciones de que deribaua el Marques su derecho por expresso, y personal llamamiento? Mejor discurso hizo Vlpiano *in l. 3. §. Si emancipatus 5. ff. de contra Tabul.* en fauor de el hijo emancipado, y para reservarle a salvo su derecho: *Non enim per rescissionem is, qui filius iustus est, efficietur non filius: cum rescissio, quo magis admittatur, non quominus, adhibeatur.* Que reducido a nuestros terminos, quiere dezir; porque la renunciaciō se hizo, para que mas facilmente se admitiesse, no para que menos derecho tuviesse. Y viniera a retorcerse en daño de aquel, cuya conueniencia se buscaua contra otras reglas de derecho, que por muchas, y muy vulgares no refiero: Y assi lo que queria la señora Condesa, si es que por si misma quiso algo, seria darle luego la possession de todos los bienes, para que sin ninguna dificultad entrasse despues de su muerte en los mayorazgos a que le llamaua, no se apartando de toda la voluntad, sino en la cession al vsufructo: *Ab his tantum rebus, quas reformauerat.* vt inquit text.

24 Esto se ha dicho en quanto a la question de voluntad, si se apartò, ò no de los testamentos, que auia otorgado la señora Condesa por la renunciacion del vsufructo, que por ser congetural es permitida, y recibida en los Tribunales de Iusticia; resta la parte de los escrupulos, de que tan repetidamente carga a su Excelencia en aquella vltima hora, la informacion de Granada; puedo dezir, que desto nunca he visto tratar en los Tribunales, porque se reserva o otro superior, de mas importancia, y de màs riesgo, que es el interno. Lo que brota de los autos es, que el Abogado de su Excelencia, y de el Marques de Mairena se la dictò, para el efecto que tantas vezes auemos dicho, y que no dexaria tener de ella noticia el Confessor; en ella no hablan de escrupulo, ni cargo de conciencia, ni se insignua de ninguna palabra, que fuesse este motiuo de tal acto: luego qualquiera que sobre este hecho fundare ponderaciones, las funda en el ayre, y voluntariamente. Y si es licito responder a malicia con malicia: quien vè que vn mismo Abogado forma, y acōseja esta renunciacion a vna señora que està para morir? y despues vè que haze de ella fundamento a fauor del señor Marques de Leganès, y de el testamento de

de 1642. cuya minuta se auia yà visto, porque la entregò el Secretario Antonio Carnero, como se dira mas abaxo, con la ponderacion que pide esta circunstancia, en que hasta aora no se ha reparado: Què juyzio puede hazer de auerla aconsejado, y dictado? Sin mucha temeridad dirà, que se vrdia yà la tela para quando muriesse *el Marquesito de Mairena, Don Gasparico Felipez de Guzman*; como dezia vno de los principales artifices.

25 No me parece necessario responder a la *l. si filius emancipatus 30. ff. de minorib.* de que diximos se valian los Abogados de el señor Marques, porque es su decision, y la regla que de ella se saca tan distante, y tan de otra materia, que ni se aplica a esta, ni aun tiene terminos, con que se la comparar. Y porque pienso que he gastado mas tiempo en satisfacer a vn argumento, como este del que se deue gastar a los señores Iuezes.

§. III.

De la fundacion del mayorazgo de el Estado de Mairena, y de la capitulacion matrimonial, hecha en 14. de Abril de 1642. num. 40.

26 Entre los señores de la vna parte Conde, y Condesa de Olivares, y de la otra Condestable de Castilla se capitulò el matrimonio entre Don Enrique Felipez de Guzman, hijo legitimado del señor Conde Duque, *Mem. n. 39.* y la señora D. Iuana de Velasco, hija legitima del Condestable. El caudal que lleuò en matrimonio Don Enrique, fue el Estado de Mairena, con titulo de Marques, y doze mil ducados de renta. Es declaracion que se haze en contemplacion deste matrimonio, y para los hijos, y descendientes dèl. *De forma, que no se ha de adquirir, ni adquiera ningun derecho a ningun otro tercero, salvo a la dicha señora Doña Iuana de Velasco, y a los descendientes de este matrimonio, por quanto este mayorazgo le han fundado, y fundan en fauor deste matrimonio, y por la causa onerosa dèl, y para solos los hijos, y descendientes, que dèl huviere; y en qualquier caso, que falten, ò por no tener los de este matrimonio; ò por morir los que tuvieren y dexaren; los bienes del dicho mayorazgo, han de quedar libres de dicho vinculo, y a disposicion de dicho señor Conde Duque, para que en ellos suceda la persona, ò personas que su Excelencia señalare, ò para que pueda disponer de ellos, como le pareciere; y no haziendo la dicha disposicion, desde luego quedan incorporados en la Casa de San Lucar, con las condiciones y grauamenes de ella.*

27 En el *Memor. num. 42. y siguientes* se pone vn resumen de la fundacion que se hizo en execucion destas capitulaciones matrimoniales, dizese, que tiene los llamamientos en forma regular. Y se pone a la letra la condicion siguiente: Que si este Mayorazgo se junta

te con el de la Casa de San-Lucar, ha de guardar todo lo dispuesto por el señor Conde Duque en la fundacion de esta Casa, aunque sea diverso de lo expressado en la de Mairena: *Porque en el dicho caso este Mayorazgo se ha de agregar, è incorporar en la dicha Casa de San-Lucar, y han de andar vnidos, y juzgarse como vn Mayorazgo, y sucederse por la disposicion de la Casa de San-Lucar.*

28 Y previniendo, que faltassen hijos, y descendientes deste matrimonio, haze la siguiente reserva: *El dicho Excelentissimo señor Conde de Olivares reserva en si para el dicho caso facultad libre para disponer de los bienes deste Mayorazgo en la forma, y como le pareciere, y por bien tuviere; porque en virtud desta fundacion, y capitulacion matrimonial, no se ha de adquirir derecho en otro ningun tercero, y solo se ha de suceder en el dicho caso por nueva disposicion del dicho Excelentissimo señor Conde de Olivares. Y en caso que no la aya, estos bienes, y el dicho juro que ha dado la Excelentissima señora Condesa de Olivares, se han de agregar al Mayorazgo de la Casa de San-Lucar, porque la voluntad de los dichos señores es que reciprocamente se suceda en las dichas Casas.*

29 El curso de la sucessión de la Casa de Mairena fue, que gozò el primer Marques Don Enrique, sobreviuiendo a su padre el señor Conde Duque, y muriò viuiendo la señora Condesa Duquesa de San-Lucar. Sucediò el segundo Marquès, hijo legitimo de los primeros Marqueses, y gozò, alcançando de dias a la señora Condesa (porque muriò a las ocho de la noche del dia 28. de Febrero de el año de 1648. como consta del *Memor. num.* 333.) que muriò a 10. de Setiembre de el año antecedente de 1647. sobreviuiẽdo el segundo Marques D. Gaspar a su Excelencia, cinco meses, menos dos dias.

30 Los Abogados de el señor Marques de Leganes han querido dividir la Casa de Mairena de la de San-Lucar, y sus agregados, haziendo diverso concepto de vna, y otra, para la sucessión de las lineas llamadas, despues de la efectiva de descendientes del señor Conde Duque, que faltò. El discurso que se hizo en esta Corte (porque en la Chancilleria no se ha añadido fundamento alguno diferente) se propondrá con los mismos terminos con que le propusieron, para que se reconozca, que no vienen con la disposicion.

31 Dizen, que quando muriò la señora Condesa, viuia el Marques de Mairena, y aquel Estado estava enagenado, y en poder de tercero legitimo posseedor: que la institucion de heredero no comprehende los bienes enagenados, text. qui in fortioribus terminis loquitur *in l. Sequens* 68. *de legat.* 2. pueden dar tambien esta razon, que la herencia es sucessión en el derecho vniuersal que el difunto tenia al tiempo de la muerte, *l. Hæres, & hæredit. l. Nihil est aliud, de verbor. sign. l. Hæreditas, de regul. iur.* Luego la institucion hecha en el po-

poder de Toro en la señora Condesa, no pudo comprehender el Estado de Mairena, que no solo al tiempo de la muerte de el señor Testador, sino al de la muerte de la señora heredera estava fuera de sus bienes, y en poder de tercero; podràn subsumir assi: Ningun derecho puede residir en el señor Duque de Medina de las Torres, y su Casa, que no se cause del poder, y de las disposiciones en su virtud hechas. Luego a este Estado ningun derecho tiene, que por esta razon se pueda considerar?

32 En prosecucion de este assumpto hazen otra instancia de diuerso medio, pero semejante; el mayorazgo de Mairena eran bienes sugetos a restitucion, instar fideicommissi, en los descendientes de aquel matrimonio, y los auia. Los bienes sugetos a restitucion, y fideicommisso, no se comprehenden en la institucion de heredero, aunque el testador tuviera facultad de revocarle, y mudarle, como enseñan Bartolomè Socino *lib.3.cons.92.num.23.in tertio dubio*; Pedro Surdo *decis. 93.à nu. 15.usq. ad num.20.* Beltraminus Oliverius ad Ludovis. *decis.102. sub num. 10.* Luego tambien por esta razon no se pudo comprehender en la institucion el Estado de Mairena.

33 Para probar que la clausula en que el señor Conde Duque se reservò el derecho de disponer de estos bienes, en caso que faltassen los hijos, y descendientes de aquel matrimonio, no pudo bastar, para que esta potestad passasse a la heredera, dizen que fue reserva personalissima para si, como lo dà a entender la clausula: *Reserva en si*; y mas abaxo, que se aya de suceder por nueva disposicion de su Excelencia. En estos terminos, la potestad de elegir, y de revocar no passa al heredero, *l. Cum quidam 24. de legat.2. l. Si stypulatus fuerim illud aut illud, de verbor. obligat.* Guido Pap. *decis.505.* adonde resuelve que la facultad de elegir, y nombrar el hijo que avia de suceder, espira con la muerte tanquam in voluntate consistens, *leg.4. ff. locut.* Philippus Dec. *consil.578. num.10.* Tiraquel. *de primogen. quæst.65. numer.172.* Luego la heredera no alcançò la potestad que tuvo el testador.

34 Para el mismo intento dizen, que para executar esta facultad que se reservò el señor Cõde Duque, de nombrar sucessores, y de disponer deste Estado, era necessario que hiziera expressa mẽcion de ella, y que con essa misma expressión se la cõmutara, ò transfiriera al heredero; buelven a citar la *l. sequens de legat. 2.* con algunos Consulentes antiguos, y con el lugar de Peregrino *de fideicommissis art. 6. à principio*, donde se hallan citados, y vsan, in sensu acommodatitio, vel à simili de las palabras de la *l. cum hic status 32. §. ait Oratio de donat. inter.* *Fas esse, eum quidem, qui donauit pœnitere; hæredẽ verò eripere, forsam aduersus voluntatem defuncti supremam eius, qui donauit durum, & avarum esse.* Porque segun regla de derecho, que

sale del *cap. vlt. de officio Vicarij; in generali concessione non veniunt ea, quæ quis non esset verisimiliter concessurus.* Y assi es, se haze persuasible, que vna simple restitucion hecha con sola vna palabra comprehendiesse tanta potestad, como se requiere para vsar vn heredero estraño de la reserva personalissima, que competia a su Auctor, *arg. ex Clement. 2. de Procuratorib.* ibi: *Cum sub generalitate tali graviora non veniant, seù maiora quam in ipso mandato procuratorio sunt expressa*, & quæ notat Dom. Larrea *alleg. Fiscali* 58. *num.* 31.

35 Prosiguiendo este assunto, dizen, que el mismo señor Conde Duque expressò su voluntad, y dispuso del Estado de Mayrena, con el de San Lucar, y todos los demàs, en el testamento del año de 1642, y que auiendo hecho esta disposicion, consumiò su potestad, prima testatione *l. apud Aufidium* 20 *ff. de opt. legat.* y que assi aunque se quisiesse dezir que este testamẽto estaua reuocado por el poder de Toro, no empecia en quanto al Estado de Mayrena, que estando conferido desde la capitulacion matrimonial, en lo que declarasse el señor Conde Duque, y auiendo declarado su voluntad en aquel testamento, se ha de estar à esta primera, y vnica declaraciõ de su Excelencia; porque el testamento reuocado, que queda inhabil, ò insuficiente, para lo dispositiuo, queda suficiente, y capaz para lo declaratiuo de la voluntad precedente, *l. fin. ff. de reb. eorum*, alegan à Philipo Decio, *consil.* 515. *num.* 5. *&* 6. Aymon Crauetta *consil.* 313. *num.* 6. *vers. Et quod voluntas*, Menoch, *cons.* 434. *num.* 40. Vicente Fusario *cons.* 72. *num.* 16. Surd. *decis.* 152. *num.* 18. Fabio Capicio Galeota, *controuers. illustr. lib.* 2. *controuers.* 39. *num.* 34. Francisc. Viuius *decis.* 281. *num.* 5. Aloysio Ricio *collectan.* 2097. Tiberio Deciano, *respons.* 41. *num.* 41. y algo auemos tocado antes, si bien este es su lugar.

36 Todo esto dixeron en la instancia de tenuta los Abogados del Marques, para este assunto, respectiuamente à la voluntad de el señor Conde Duque, si quiso comprehender en la instituciõ de heredera el Estado de Mayrena; y si quiso passar, y traspassar en la señora Condesa el derecho de nombrar, y elegir posseedor para el. Que vienen à ser questiones de voluntad; dizen mas, para que no se cõprehendan los titulos, por ser tales de su naturaleza, ò como solemos dezir, ex natura rei: los titulos, y dignidades de Duque, Conde, y Marques, por su naturaleza, y calidad son de mayorazgo, *§. Præterea Ducatus de probibita alienatione fœudi, per Fridericum in vsib. fœudor.* Tiraquell. *de iure primogen. quæst.* 4. D. Padill. *in l. cùm quidam* 24 *n.* 24. *de legat.* 2. Burg. de Paz *in proem. legum Tauri num.* 78. Mieres *de maioratibus* 1. *part. quæst.* 12. *num.* 10. *&* 11. *in prima editione* Matienço *in l.* 1. *gloss.* 1. *num.* 10. *& in l.* 11. *gloss.* 7. *num.* 3. *tit.* 7. *lib.* 5. *compilat.* Gregor. *in l.* 12. *tit.* 1. *part.* 2. *gloss.* 1. à donde re-

resuelue que quando el Principe concede alguna Villa, ò Lugar, cõ titulo de Duque, Conde, ò Marques, para el donatario, y sus herederos, no se entiende de herederos estraños, *l. ex facto* 17. *§. fin ff. ad S.C. Trebell.* Anton. Gom. *in l.* 40. *Tauri num.* 12. *vers. Sed his non obstantibus* Arias Pinell. *in l.* 1. 3. *part. n.* 17. *C. de bon. matern.* D. Mol. *lib.* 1. *de Hispan. primog. cap.* 11. *ex n.* 5. *&* *ex n.* 10. Parlad. 3. *tom. differ.* 18. *n.* 4 *&* 6. conque no pudo passar el Estado de Mayrena, por virtud de la institucion en la señora Condesa: y auiendoles arguido los Abogados del señor Duque de Medina de las Torres; que no hazian la causa de el señor Marques de Leganes, con este Mayorazgo legal que introducian, si no de la familia, en la qual auia otros de mas proxima linea: Respondieron, que no estando comprehendidos en la institucion de heredera, se avia de suceder en estos bienes, y Estado por la voluntad del señor Conde Duque, expressada en el testamento del año de 1642. aunque no valiesse para otra cosa que para este efecto; y aunque estuviesse revocado, como se fundò en el *num. antec.* Y con esta sutileza arrancaron los otros dos Estados de Duque de San-Lucar la Mayor, y Conde de Azarcollar, haziendo, que en quanto a ellos bastasse aquella declaracion, aunque se huviesse roto, para que guiasse la sucession como en ella se dispone, sacãdola de la linea a quiẽ se avia de diferir por la ley, y poniendola en la predilecta. Bien sea verdad, que fiando poco deste discurso, cuya debilidad reconocieron; buelven a su principal intento, que el poder de Toro fue invalido, y que el que valiò fue solamente el testamento del año de 42. en que paran; y cierto, que para parar en esto, pudieran, y pudieramos aver escusado este disdiscurso; pero por lo que toca a quien escrive este papel, se disculpa con que es pension de quien responde seguir el intento de quien arguye, y propone, porque lo demàs se tiene por floxedad, ò aquietacion.

37 Para responder, y antes que responda a estos argumentos, por la parte que toca al Estado de Mairena, de que aora se habla, se debe reconocer, y se ha reconocido por ambas partes, que este Estado, y Mayorazgo està vnido, agregado, è incorporado con el de la Casa de San-Lucar: O sea por la capitulacion matrimonial, como dizen los Abogados del señor Marques, ò por el testamento de la señora Condesa, hecho en virtud del poder de Toro, como dixeron los del señor Duque; q̃ dada la vnion, importa poco para el discurso que se ha de hazer. Lo cierto es, y no se podrà dudar por ninguna de las partes, que el Estado de Mairena està vnido como menos principal, agregado, è incorporado con la Casa, y Grandeza de San-Lucar la Mayor, que es la principal fundacion de su Excelencia; assi se colige de la capitulaciõ matrimonial, y del testamento de Madrid, quan-

do se le pudiesse deferir algo en orden a la afeccion del señor Conde Duque; y especialmente de las disposiciones de la señora Condesa, hechas en virtud de la volũtad que su marido la avia comunicado.

38 Siendo, pues, esto assi, la disposicion de derecho es, que lo vnido cõ vez de accessiõ, con vniõ total que causa perpetua inseparabilidad, se regula por las mismas reglas que el principal supuesto, sin poder admitir diferencia; deforma, que no serà propria vnion qualquiera diferencia que admita; por esso las condiciones, y calidades en las fundaciones, vnidas han de ser las mismas; vna la delaciõ, la vacãte, la institucion, ò possession; vno el derecho de propriedad; porque el mayorazgo, la Casata, el cuerpo, ò masa de los Estados es vna, aunque no se confundan, ni se supriman sus nombres. Muchos principios se han reducido a estas pocas lineas; pero en mi entender todos son ciertos en la vnion que premeditò el señor Conde-Duque destas Casas, y la agregacion que en el caso que sucediò, preuino de ellas: Y sin detenerme en citar los Autores que tratan *de vnionib. Benefic. & Episcopatuum*, que no son tan del punto, y los junta novissimamente el señor Presidente Don Manuel Gonçalez *in cap. sicut vnire de excessib. Pralatorum.* Los mas proprios son los que tratan de la eficacia, y essencia de la vnion de dos mayorazgos, quando es absoluta, que obra lo que he dicho. Vidẽdi Mieres *de maior. 2.part. quæst. 5.ex num. 13.& ex num* 43. Dom. Molina, & ibi præclara Additio *lib. 1.cap. 8.num. 35.* Dom. Castillo *lib. 3.cap.* 10. *ex num. 9.* Antonius Fernandez de Otero *de pascuis cap. 10.ex num. 25.* Roxas *de incompatib. Regnor. & maiorat. 1.part. cap. 7.ex num* 26. Eos verò qui de diuisione Regnorum agunt, & de eorum vnionibus non compilamus, quia illius rei altior, & multa diuersaque paratura iuris exigitur, de qua Albericus Gentil *in disput. de vnione Regnorum*, Henningius Arnisæus *de Repub. cap. 2. sect. 8. per totam*, & alijs ex Iuridicopoliticis. Vease, pues, quan violento intento es querer que el Estado de Mairena se separe de su cabeça, auiendo llegado el caso de la vniõ; pues este no se ha negado, ni controvertido por ninguna de las partes.

39 Y porque la oposicion que se haze a la institucion, para que no comprehenda los titulos, *ex natura rei*, se disuelve aqui mas facilmente, no la reservarè para el lugar en que la propuse: Digo, pues, que los Titulos de Duques, Marqueses, Condes, y otros de Dignidad tal, aunque ellos por si, y por cosas de tanto lustre, y calidad inducen presumpcion de mayorazgo, quando se puede dudar con que titulo, ò con que causa, y formalidad se posseen: porque quando son Reales, y por juro de heredad, siempre buscan el Primogenito, y no se participan, ni co-

comunican a los demàs hermanos, segun costumbre de España; y assi en las donaciones que hazen los Reyes destos Titulos con territorio, se resuelve lo mas comunmente que se tienen por de mayorazgo, en que preualeciò la opinion de Antonio Gomez *in l.* 40. *Taur. num.* 12. *per totum*, a la de Rodrigo Suarez, *in l. quoniam in Prioribus in declarat legis Regni limit.* 11 *& in parentis sui allegatione*, quam prædictæ limitatione subtexuit. Empero, quando sobre Villas, y Lugares comprados, ò por otros titulos legitimamente adquiridos, el Principe haze merced de Titulo de Duque, Marques, ò Conde, ò otros semejãtes; esta merced no altera la calidad antecedente de los bienes, ni los saca de que seã alodiales, y libres, como antes erã, ni que sean transitorios a los herederos, si el que recibiò la merced no los vinculò; pues pudo vincularlos, ò parte de ellos, ò desuerte disponer de los bienes, que se lograsse la merced Real, sin llegar a la comunion, y participacion prohibida por vniuersal costumbre de estos Reynos. Para fundar esta doctrina, no hallo texto de el Derecho comun, ni del Reyno, ni son muy aplicables los de los Feudos, que los Auctores traen para apoyarla, en que no quiero gastar tiempo. Tienenla en estos mismos terminos Rodrigo Suarez *d. limitat.* 11. *num.* 4. a quien esta parte siguiò, aunque en lo comun le reprobò Antonio Gomez *d. num.* 12. *propè finem, versic. Vnum tamen,* Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 11. *numer.* 26. & ibi veteres Addentes Pater Molina *de iustit. iur. tract.* 2. *disput.* 567. *num.* 8. & 11. & *disp.* 581. *numer.* 7. Matienç. *in l.* 11. *tit.* 7. *lib.* 5. *compil. Glos.* 7. *num.* 5. *versic. Hanc tamen sententiam limitat.* & post longum examen de doctrina, Dom. Molin. & Parladorij, *differentia* 18. §. 1. *numer.* 4. & 5. qui contra eum opinatus fuit, eandem tuetur, & fundat Dom. Castillo 2 *part. lib.* 5. *controversiar. siuè lib.* 6. *cap.* 159. *numer.* 7. *versic. Ad rem itaque deueniendo.* Y assi no hallo en que fundasse la novissima Addicion del señor Molina, el dezir, que no auia Auctor a quien pudiesse seguir en esta resolucion su insigne Auctor; pues antes dèl ay dos, y despues quatro con sus antiguos Addentes.

40 Y assi, no los aviendo vinculado el señor Conde Duque, sino dexadolos a la señora Condesa su muger, como heredera: (despues veremos que institucion de herencia fue esta.) No es dudable que passaron en su Excelencia estas mercedes, honores, y titulos con los demàs bienes, y como todos los bienes, sin que se llegasse a dudar, si fue mientras viuiò Duquesa de San-Lucar, y Condesa de Azarcollar, como fue en virtud de la institucion, y como heredera de su marido. No digo yo que lo fuesse luego, y por sola la institucion, porque no ignoro el fuero de estos Reynos; segun el qual, todo sucessor en titulo, ò grandeza, haze a su Magestad nue-

vo reconocimiento, y espera nueva orden para tratarse como tal: que nunca su Magestad niega; pero quiere que preceda este obsequio, vt post Roderic, Suar. *dict. limitat.* 11. agnovit D. Molin. *d. cap.* 11. *num.* 21. & post eum, & alium neothericum D. Olea *de cession. iur. & action. tit.* 3. *quæst.* 3. *num.* 17. Pero digo, que supuesta esta nueva aprobacion, y beneplacito de su Magestad, tuvo tan buen derecho para suceder, y para pedirle, siendo heredera sola, è insolidum de bienes libres, como la tuviera si fuera hija, ò sucessora de bienes de Mayorazgo; porque son mercedes transitorias a los herederos de bienes libres, como los mismos bienes.

41 Viene aqui tambien mejor el satisfacer à otro fundamento, que queda puesto arriba, aunq̃ en diferente lugar: dizese, que ya vinculò estos titulos, dignidades, y grandeza el señor Conde Duque; el de Mairena en estas capitulaciones, y fundacion; y el de Mairena, juntamente con el de San-Lucar, y Azarcollar, en el testamẽto de Madrid de 1642. Y que aun quando estuviessen derogadas vna disposicion, y otra, por lo menos se expressò la voluntad del señor Conde Duque en ellas, q̃ bastò para significar que quiso, que fuessen de Mayorazgo; porque lo que es inutil para la disposicion, es vtil eficàz, y habil para la declaracion de voluntad, *l. vltima, ff. de rebus eor.* Este argumento queda propuesto, y dissuelto arriba, *num.* 22. porque le hizieron los Abogados del señor Marques, para fundar q̃ la señora Condesa se apartò de sus disposiciones, solo con declarar, q̃ avia gozado los bienes, en virtud de la disposicion del año de 1628. y alli le explicamos con la distincion que para aquel assumpto pedia de voluntad directa, y obliqua. Aora le debemos explicar enteramente, segun su verdadera inteligencia, y reglas con que se entiende en todo lo que comprehende.

42 Para ello se ha de notar que la voluntad vltima, ò testamento, se haze invtil, ò por defecto que sobreviene al testador, porque muda estado; esto se llama irritarse el testamento; tambien se haze invtil en su principio porque faltò la solemnidad que pide el derecho, por escrupulosa que sea: que en tal caso, aunque la voluntad sea cierta, no vale, porque no es solemne; hazese tambien invtil, porque auiẽdo començado a testar no perficionò el testamento, *l. qui testamentum* 25. *ff. de testam.* ò porque hizo otro testamento posterior, con que tacita, ò expressamente revocò el anterior, *l.* 1. *ff. de in iusto rupto.* Aora es de ver, si la regla propuesta es general, ò si se entiende en alguna, ò algunas especies de voluntad inutil, è invalida.

43 Acudiendo a las fuentes, y textos originales de que esta regla se saca, se darà su verdadera inteligencia. El primero es la *l. qui à Patre* 3. *ff. de confirmand. tutor.* en que

que se dize, que el tutor dado a vn hijo en testamento no justo, ò en caso que la ley no lo permite, como si fuesse hijo emancipado, se ha de confirmar por el Juez, siguiẽdo la voluntad del padre, que se le diò. Lo mismo dize la *l.2. C.eod. tit.* pero no con los proprios terminos, porque supone que se diesse en carta, *epistola, aut imperfecto testamento*: bien es verdad, que se tiene vn texto por tan concordante del otro, que el del Codigo se explica por el de los Digestos; imperfecto, no justo, no solemne, porque le faltò solemnidad. Ita Clasici, vsque ad Cuiacium *lib.21.ff. Iuliani in d. l.3.* vbi, & Gothofred. Donel. *lib.3. commentar. cap.5.* & ibi Ossuald. *lit. A.* El texto mas comun es el de la *l.vltim.ff.de reb.eor.* que se ha citado algunas vezes, en que se dize, que si los tutores, siguiendo la voluntad del padre, expressada en testamento, que despues pareciò ser irrito, enagenaron el predio rustico, ò suburbano del pupilo; no hizieron contra la oracion, y constitucion del Emperador Severo, que prohibiò la enagenacion de semejantes predios; porque la voluntad se colige del testamento, aunque sea irrito. De aqui sacan el axioma Bart. Bald. y Alberico, que del testamento irrito se prueba la voluntad, y con ellos Gothofred. Anton. Gom. *tom.2. variar. c.14. num.16.* Cuiac. à quien se debe deferir tanto en la explicacion, y verdadera inteligencia del derecho Romano, repitiò a este texto *sub lib.9. respons. Iulij Pauli*; pero solamente dize, *irrito, rupto facto*, sin declarar el modo, si el *fieri ruptum* fue por natividad del posthumo, ò quasi posthumo, ò por testamento posterior, que vno, y otro pueden significar las palabras *rupto facto, l.1. cum seqq. ff. de iniusto rupto*, cita para su explicacion la *l.3. de confirmat. tutor.* en que se habla del vicio de solemnidad, con que podrèmos entender, que este es su sentir. Verdad sea, que esta repeticion tiene varios errores de Imprẽta en dos ediciones, q̃ he visto, y q̃ por esta causa se debe hazer de ella menos estimacion q̃ de otras. Yo hallè otro exẽplo desta doctrina, y à mi parecer no improprio, *lib.3. Annalecto de interdict: & relegatis. num.78.* sacado de la *l.1. ff. de assignand. libert.* de que los Autores no se acuerdan. Por el Senado Consulto Ostoriano se permitiò al padre asignar el liberto con sus derechos de obras, y Patronazgo a vno de los hijos que tuviesse en su potestad. Asignarle, no es mas que declarar la voluntad que tenia de aplicarle a vno con exclusion de los otros, *l.1. §. Assignare, de assign. libert.* Dize el Senado Consulto, que obra efecto la asignacion, muerto el padre, ù dexando de ser Ciudadano, *aut si quomodo in Ciuitate esse desierit.* Podiase dudar, como valia la asignacion, irritado el testamento por la media capitis diminucion? Y se responde facilmente, porque como dependa de la declaracion de voluntad sola, y esta se colija de testamento irrito; no empecè que

se huviesse irritado el testamento en que la assignacion se hizo.

44 Estos son los textos de que sale esta doctrina; otros que prueban, que por indicio de contraria voluntad, menos solemne, ò invalida receditur à priore perfecta, quià suppremam voluntatem defuncti non obtinet, *l. Legatũ sub conditione* 24. §. 1. *ff. de adim. legat.* cũ similibus, no son de aqui, porque miran, no à infirmar, sino a reformar la voluntad perfecta en aquello en que singularmente faltò. *l. Alumna* 30. §. *Qui filias* 3. *ff. eod. tt* por lo qual hazer juizio de ellos, fuera cosa importuna.

45 De los ponderados se descubre la verdad de esta doctrina, distinguiendo la razon de los testamentos, y disposiciones invalidas; porque vnos testamentos dexan de valer por defecto de volũtad, como de los impuberes, furiosos, mentecatos. En estos preguntar si valian para declaracion de voluntad, fuera question de subiecto non supponente, porque en ellos no ay voluntad. Tambien dexan de valer por defecto de voluntad los testamentos imperfectos, que llamò assi a los començados, y no acabados. *l. Si is qui testamentum* 25. *ff. de testam.* porque la voluntad del hombre es tan de ambulatoria, tan boltaria, vsque ad suppremum vitæ exitum, *l. Cum hic status* 32. §. 1. versic. *Pœnitentiã, ff. de donat. inter. l.* 3. §. *vltim. cum l. seq. ff de adim. legat.* que no solamẽte no ay perfecta voluntad; pero ni voluntad ay, donec supprema contestatio peragatur, *l. Qui testamento* 20. §. *Et veteres* 8. *ff. qui testament. facere possunt.* Pues se vè cada dia, que el que començò a testar en vn dictamen, acaba en el contrario, y que la siguiente clausula deroga à la antecedente: *Et veteres putaberunt,* dize el texto por esta razon, *eos qui proptèr solemnia testamenti adhibentur, dut are debere,* donec *supprema contèstatio peragatur.* Dexan tambien de valer por defecto de voluntad los testamentos revocados por otros; porque entiende apartarse de todo lo que antes quiso, el que haze otro testamento, sino es que expressamente comprehenda en el postrero, que el primero valga en todo, o en parte, text. elegans *in l. Si quis priore* 29. *ff. ad S. C. Trebell.* Otros testamentos dexan de valer, salva la voluntad por defecto de solemnidad, como si el hijo, ò el posthumo fue preterido; si el testador padeciò capitis diminucion despues de hecho el testamento; sino puso todo el numero de testigos que debiò; ò estos no fueron todos de la edad, sexo, y calidad que el derecho pide.

46 Los textos que dàn fundamento a la doctrina que explicamos, hablan expressamente de aquellos testamentos, que son inutiles, salva la voluntad por defecto de formalidad, ò otro requisito de derecho: no hablan de los testamentos començados, ni de los revocados por otro testamento. La razon de derecho assiste concluyentemente a esta distincion.

Y

Y assi la doctrina comun, segura, y assentada es, que el testamento co mençado, y el testamento revocado por otro, ni valen para induzir disposicion, ni para declarar la voluntad del testador; porque en el començado no la ay, y en el revocado no quedò voluntad alguna sin revocar. Assi determinò esta question el señor Don Iuan de el Castillo, que la tratò de proposito, *lib.* 5. *controvers. cap.* 108. *per tot. maximè ex num.* 22. Este Autor cõ gran cuydado, juntò los Autores desta sentencia, y respondiò a los de la contraria, y assi no los repito aqui. Añado a Mascardo *de probation. conclus.* 42. *num.* 2 & 3. Mantica *de coniect. vltim. volunt. lib.* 12. *tit.* 11. *num.* 9. Puedo poner por esta doctrina a Pateja, y a muchos que cita, *de vniuers. instrum. edit. tit.* 5. *resolut.* 1. *num.* 20. porque queda citando, y siguiendo a Castillo, aunque por tocar el punto de passo, y sin examen, juntò los dos terminos, nulo, y revocado al principio de el numero. Mas latamente D. Vela 2. *tom. dissertat.* 47. *num.* 20. D. Olea etiam remissivè *de cesston. iur. & action. tit.* 2. *quæst.* 5. *num.* 21. Vnus tamen mihi I. C. pro mille sufficiat antecessor meus primario magisterio Salmantino, & primaria Suppremi Consilij toga Dom. D. Melchior de Valentia, *lib.* 3. *illustr. tract.* 5. *de legat. cap.* 1. *num.* 4. & 5. & licèt breviter laudato tamen Castillo D. Salgad. *in Labyr.* 1. *part. cap.* 30. *num.* 6.

47 Iuzgo a todo mi entender, y segun la buena fee que se debe professar en estos escritos, que la doctrina, que he propuesto es la verdadera; pero que solo la ha motivado el instituto de satisfacer a todo lo que se nos opone, no otra cosa; porque sus terminos no son aplicables a este punto. Los Autores que llevan, que del testamento revocado se colige la voluntad, lo enseñan para la calidad, accidente, ò circunstancia que se puede tomar de la primera voluntad, y poner en la segunda, quedando ilesa, firme, y valida la disposicion de esta, segun derecho. Verbi gratia (para vsar de sus exemplos) en el primer testamento puso vna condicion, de que su heredero se avia de casar en la familia; ò fundando vinculo, llamò solamente a los varones, ò les diò prelacion a las hembras de mejor linea: En el segundo no puso estas calidades, ò circunstancias. Aqui es donde se cõtrovierte si se han de tener por repetidas en la postrera voluntad? Algunos Auctores dixeron que si; porque de lo revocado se tomaua indicio de volũtad; otros, que no; porque la revocada no queda, ni se entiende ser voluntad, a que yo me he inclinado: pero en lo substancial de vna, y otra disposicion, ninguno ha dudado que la primera disposicion se revoca por la segunda. Y si otra cosa fuesse, seria falsa la regla que el postrer testamento deroga, y revoca el primero, que es primer principio, y de los elementales de derecho. Veamos, pues, quales fuessen las disposiciones del año

de

de 1642. assi en quanto a el Estado de Mairena, como en quanto a èl, y a los demàs Estados de el señor Conde-Duque? Cierto es, que fue vincularlos; qual la del poder de Toro? Tambien es cierto, que fue dexarlos libres a la señora Condesa, para que de ellos dispusiesse conforme a lo que su Excelencia la auia comunicado; esto no es cōposible, porque ser bienes libres, y ser vinculados, son terminos contrarios, que invicem se excluyen; porque lo que es libre no puede ser vinculado, y lo que es vinculado no puede ser libre. Preguntar, pues, si lo que se vinculò en el primer testamento, passa vinculado al segundo, en que fue libre la institucion? Serà preguntar, si el primer testamento revocado vale en quanto a su principal disposicion, sin embargo de la disposicion del segundo que le revocò. Lo qual yo no he visto que pregunte, ni dude Auctor alguno.

48 Bolvamos aora a las primeras oposiciones: si el Estado de Mairena, que estaua en tercer posseedor, no solo al tiempo en que muriò el señor Conde-Duque, sino quando muriò la señora heredera, se pudo comprehender en la institucion de el poder de Toro? Tambien se ha de responder a esta question en los terminos que se pone, sin valernos de las mismas capitulaciones, y fundacion de mayorazgo de Mairena, que en defecto de aquella linea le agregò al principal, ni hemos de arguir de defecto de derecho para oponerla al señor Marques de Leganès, sino para que mejor corra, hemos de suponer, que no huviesse agregacion, y que fuesse el mas proximo de la familia, y de mejor linea.

49 Cierto es, que la vinculacion limitada, en feneciendo las personas, y linea para que se haze, espira; y los bienes dexan de ser de vinculo, y se buelven a la calidad de bienes libres, y allodiales en el vltimo posseedor. *l. filius fam.* 114. § *Diui* 14. *ff. de legat.* 1. ibi: *Nisi invenitur persona cuius respectu hoc à testatore dispositum est, l. peto* 69. §. *Fratre* 3. *de leg* 2. *Quanvis nemo alius vlterior ex familia supersit*, *l.* 27. *Tauri*. Quæ extat *in l.* 9. *tit.* 6. *lib.* 5. *compilat.* ibi: *Mandamos, que valgan para siempre, ò por el tiempo que el testador declarare.* En este caso se atiende para su disposiciō, ò a el instituidor del mayorazgo, ò a el vltimo posseedor; si el instituidor no dispuso, dispone de ellos como de libres, ò en la forma que lo dexò mandado el posseedor, *l. qui solidum* 78. §. *Prædium de legat.* 2. Las palabras son: *Prædium pater de familia liberorum verbis fideicommissi alienari prohibuit*: de forma, que la prohibicion no fue mas que respecto de la familia de los hijos, y descendientes, a la familia contentiua de los colaterales no mirò; vidit, docuitque ad litteram intentus Cujacius *in huius text. recit. sub lib.* 9. *respons. Papin.* prosequitur consultus, *supremus ex liberis qui fideicommissum petere potuit*; a quien se estendiò, y no mas la voluntad, como todos entienden este

te texto; cuyas palabras impropria el señor Molina *lib. 1. cap. 4. nu. 23. Non idcircò minus actionem in bonis suis reliquisse visus est, quod heredem extraneum sine liberis decedens habuit.* Auia cedido el dia deste fideicommisso, y porque los hermanos auian enagenado sus porciones fuera de la familia; ò porque auian muerto sin hijos; estos son los casos de cessión de el dia, y de adquirirse la accion al nouissimo, al supremo, al vltimo: en ellos no tiene mas que accion, porque a vn todavia no la auia exercido, no auia pedido, y alcançado el dominio; muriò en esta sazon, y dize Papiniano, que transmitiò la accion a su heredero, aunque fuesse estraño. En lo comun se prueva el mismo principio de la *l. si post diem legati cedentem 5. cum similib. ff. quando dies legati cedat*, y en lo indiuidual de la *l. cum pater 77. §. Libertis de legat. 2.* porque como sea accion por bienes yà libres, y allodiales, passa a el heredero estraño; pero si huviera ya pedido, y alcançado el dominio de aquella cosa, cuyo vinculo espirò en el vltimo posseedor no passara la accion a el heredero, sino el dominio, y faltandole la possessión, tuviera la vindicació, *l. 2. C. quãdo dies legat. cedat.* Ambos textos son expressos; pues si quedan estos bienes, que fueron vinculados en la herencia del vltimo posseedor, como libres; siguese, que podrà disponer de ellos a su voluntad, como concluye Dom. Paz *de tenuta cap. 85. ex num. 68.* Addentes *ad lib. 1. cap. 4. in princip.* Ijdem, & Dom. Molina *lib. 1. cap. 8. num. 24.* & passim, sino se la limitò el Fundador, Dom. Castillo *lib. 2 contr. cap. 22.*

50 Pero si el instituidor se reservò la facultad de poder disponer de estos bienes, podrà en llegando el caso vsar de el derecho, que se reservò. Es texto formal la *l. 17. de Toro*, quæ est *l. 1. tit. 6. lib. 5. Compilat.* Habla de el mayorazgo que se huviere hecho por contrato, por causa onerosa con tercero, assi por via de casamiento, como por otra cosa semejante, y dize assi: *Que en estos casos mandamos, que el dicho tercio no se pueda revocar, sin o reservasse el que lo hizo en el mismo contrato el poder para lo revocar.* Esta decision està sacada de la *l. Illud 20. §. 1. in fin. C. de collation.* ibi: *Nisi huiusmodi legem donator tempore donationis suæ indulgentiæ imposuerit*; y de la *l. Perfecta donatio 4. C. de donat. quæ sub modo.* De qua quædam dixi *in tract. de donat. cap. 16. num. vltim.*

51 De forma, que residiò en el señor Conde Duque vna accion condicional, por contrato de capitulaciones matrimoniales, para que faltando la descendencia de los primeros Marqueses de Mairena (que es la condicion si sinè liberis decesserit de qua *in l. ex facto 17. §. vltim. ad S.C. Trebell. & in alijs §§.*) pudiesse disponer libremente de aquellos bienes, y Estado, y del juro que avia dado la señora Condesa. La pregũta juridica es, si esta accion de reserva condicional, no aviendo vsado de ella

el

el señor Conde Duque, ni declarado su volũtad en el testamento, con cuya disposicion falleciò, passò, y se transmitiò en su heredero vniuersal, como residia en el Autor, para que pudiesse vsar de ella? Preguntandolo en mas faciles, y mas comunes terminos es la question, si el heredero que sucede en el derecho vniuersal del difunto, sucede en los derechos, y acciones condicionales, que provienen ex contractu? O assi, si aquel derecho que està pendiente, y no causado en vida del Autor, por hecho, y contrato suyo, es transmissible a los herederos como el puro? Con estas preguntas nos avemos puesto en vn principio, que tambien es primero, y elemental de derecho, con que se responde llanamente: Que las acciones condicionales, quæ proveniunt ex contractu, passan a los herederos, como residian en el difunto, y con su causa de condicionales, como passan las acciones puras, y presentes. Porque esso es successio in vniuersum ius, suceder no solo en lo causado, sino en lo pendiente. Dixe que era primer principio, y elemental, por que se prueba de la *l. Quæ legata* 18. *ff. de regul. iur.* Titulo en que estàn los primeros principios de derecho, y del *§. Ex conditionali, instit. de verbor. obligat.* en cuyo libro se enseñan los mismos a la jubentud. Pruebase tambien de la *l. Si stypulatus fuerim* 76. *l. Si filius fam.* 78. *ff. de verb. obligat. l. Novatio* 24. *ff. de novationib.* De que se infiere, que el acreedor por contrato condicional, es acreedor pendente conditione, y que transmite aquella esperança a sus herederos, *l. Is cui* 42. *ff. de obligat. & action. leg. Creditores* 10. *ff. de verbor. significat.* Y no voy señalando los demàs efectos, porque fuera cosa prolixa, videndi post D. Pichard. *in d. §. Ex conditionali*, Motla *in empor. iur. tit. de reb. credit. quæst.* 7. *nu.* 10. Anton. Faber. *lib.* 15. *coniect. cap.* 6. & 7. Ossuald. ad Donel. *lib.* 15. *cap.* 11. *litt. A.* Dom. Amaya *lib.* 1. *observ. cap.* 11. *num.* 35. *cum seqq.* Fachin. *lib.* 11. *controuers. cap.* 74. Anton. Gomez 2. *tom. variar. cap.* 11. *num.* 28. vbi novus Additionator multos adducit, vt D. Olea *de cess. iur. & action. tit.* 3. *quæst.* 10. *num.* 8. *quib. in re trita abstineo.*

52 De aqui se infiere, que no es aplicable a este intento la instancia que se haze, de que los bienes que estàn fuera del patrimonio del testador, y los sugetos a restitucion, y fideicommisso, no se cõprehenden en la institucion vniuersal de heredero. Ni es aplicable tampoco la *l. Sequẽs quæstio* 68. *ff de legat.* 2. Porque ò es question de voluntad, ò no poder disponer dellos; y vn caso, y otro es de muy diferentes terminos, que los propuestos; porque si el Mayorazgo es fundado por capitulacion matrimonial, ò interviuos con entrega de escritura, conforme à lo dispuesto por la *l.* 17. *de Toro*, no puede venir en la institucion, porque està absolutamente fuera del patrimonio del testador, que no admite revocacion, ni modificacion, *l. Perfecta*

fecta donatio 4 *C. de donat. quæ sub modo.* Y este no es el caso que buscamos, pues se habla de vn Mayorazgo limitado familiæ liberorũ, y con reserva, y acabamiento expresso, llegando la condicion. Et hic est casus impotentiæ, de quo *in l. ab eo 9. C. de fideicommis.* El otro caso es, quando el Mayorazgo, fideicõmisso, ò disposicion perpetua, fue revocable por si; pero fue absoluta, y no expressamente limitada. En estos terminos no se puede dudar de la potestad, que es cosa clara, q̃ puede revocarla el testador; pero por ser perpetua, y comprehensiva de toda la familia, D. Molin. & Addentes copiosè *lib. 1. cap. 4. ex num.* 30. sino se revoca, y se dize expressamente, no comprehende estos bienes la institucion de heredera.

53 Y este es el caso *de la l. sequens* 68. *ff. de legat.* 2. viene pendiẽte *de la l. Vnum ex familia* 67. §. *vlt.* dexando el antecedente, tratarèmos el que se decide en esta ley. Vn marido donò intervivos vn predio a su muger. No valiò la donacion, por ser prohibida moribus Romanis, *l.* 1. & 2. *ff. de donat. inter.* Pero si el donador perseverasse en la misma voluntad hasta la muerte, con ella se confirma, segũ el Senado Consulto, de que se haze mencion *l. cum hic status* 32. *ff. de eod. tit.* hizo testamento el marido, y sin revocar la donacion, ni hablar de ella, instituyò a su muger per heredera; y rogòla por fideicõmisso, que qualquiera cosa que recibiesse de sus bienes, la restituyesse a sus hijos (que es el caso del §. antecedente a que mira este texto *sequens quæstio.*) Dudòse, si tendria la muger obligacion de restituir tambien el predio, que avia recibido por donacion intervivos revocable? De la potestad no dudò Papiniano, antes la diò por assentada: *Planè nominatim maritus vxoris fideicõmittere potest, vt ea restituat,* vt & *in l. cum pater* 77. §. *cor.* 1. *ff. de legat.* 2. Y assi la questiõ fue de voluntad, si querria con la institucion, y con el fideicommisso, dexado a favor de los hijos, revocar la donacion, y comprehender aquel predio, ò aquellos bienes en el cumulo de su herencia, para que viniesse tambien, y se comprehendiesse en el fideicommisso? Y respondiò, que no se comprehendia, *extra causam bonorum defuncti computari debere, & propter ea fideicommisso non contineri*; dà la razon de su respuesta, *quia ea bona habitura esset etiam alio hærede existente*, sino se huviera acordado de ella, y huviera instituido a otro por heredero, con solo el silencio se confirmava la donacion, y se hazia irrevocable, y la cõservaua por el titulo de donataria. Luego el mismo titulo dura, auiendo sido la muger instituida por heredera; porque no es veròsimil que fuesse mas avaro cõ su muger, por auerla hecho heredera, que lo seria si huviesse instituido a otro: quia inducta ad vnũ effectum non solent contrarium operari. *l. leg. 19. de leg. 1. l. legata 14. de adim. legat. l.* 3. §. *si filius emancipatus* 5. *ff. de bonor. poss. contr. Tab.*

cum alijs iuribus, & effectibus apud AntoniũFabr. *in Iurisprud. tit. 4. princip. 5. in principio* videndus etiam Cuiac. *lib. 9. qq. Papin. in d. l. sequens*.

54 Muchas singularidades tiene esta respuesta de Papiniano; es singular en fauor de los hijos, que es su proprio caso, como consta del §. antecedente; pues de palabras no dispositiuas se induce carga de restitucion, y fideicommisso contra la muger: Las palabras de la clausula fueron estas: *Non dubitare se, quodcumque vxor eius cepisset, liberis suis reddituram*. De ellas coligiò, y induxo fideicoõmisso Marco Antonino, Filosofo, Emperador, y califica su rescripto Papiniano: *Quod rescriptum summam habet æquitatem*. Dà vna razon muy elegante, y muy natural, porq̃ el padre no se engañasse en la confiança que hizo de su muger, que dexandola sus bienes, no querria q̃ se diuertiessen a otros, di saliessen de los hijos comunes adquiridos en vn bien concorde matrimonio. *Ne scilicet honor benè transacti matrimonij, fides etiam cõmunium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre præsumpserat*. Y assi diziendo, no dudo que quanto de mi percibieres, lo bolveràs a nuestros hijos: indicò la razon final que tuvo para instituirla por heredera, conforme al voto, y deseo natural de los padres, que quanto atesoran, lo atesoran para sus hijos, *l. nihil interest 50. §. Sed nunquid Prætor, ff. de bonis libert.* a quienes la misma naturaleza adjudicà por herencia los bienes de sus padres, *l. cum ratio 7. ff. de bonis damnat.* Es tambien singular en fauor de la muger, que por cõpañera, y participe humani diuinique iuris, *l. 1. de ritu nupt. l. aduersus 4. C. de crimine expilatæ heredit.* merece especialissimo afecto de el marido, *Et sanè non amare, nec tanquam inter infestos ius prohibitæ donationis tractandum est; sed vt inter coniunctos maximo affectu*. Dixo el I. Conf. Paulo *in l. si id quod 28 §. si quas 2. ff. de donat. inter*. Por lo qual con justa interpretacion se mezclò el rescripto; inducen fideicommisso aquellas palabras ambiguas en fauor de los hijos, respeto de aquellos bienes que percibiò la muger in testamento, aut codicillis; porque parece que conessa mira se le dexaron, para que bolviessen a sus hijos, y no passassen a estraños, por amor de los hijos, no por principal contemplacion de la muger; no le inducen en aquellas cosas que recibiò por donacion inter viuos, a que hizo lugar la caridad de el matrimonio, y en que la principal contemplacion fue de la muger, no de los hijos.

55 Esta es la decision de la *l. sequens*, tan llena de singularidades, y tan especial en su razó, que de ella en los principios de la arte no se puede sacar regla general segun la doctrina de Paulo *in l. 1. ff. de Regul. iuris. Non vt ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat*. Con todo esso la han sacado muchos Clasicos, y con ellos Peregrino *art. 6. de fideicommissis* per

per totum, *& art. 44. ex numer.* 32. Pedro Surdo, y Hodierna *decis.* 93. *per totam*, Fontanell. *de pact. nupt. claus.* 4. *Glos.* 5. *ex num.* 28. Dom. Castillo *lib.* 3. *contr. cap.* 10. *per tot.* Hermosilla *in l.* 8. *tit.* 4. *part.* 5. *Glos.* 1. *num.* 1. que citè, y seguì, explicando este texto, aunque los segui remissivamente *in tract. de donat. cap.* 16. *num. vlt. & de donat. inter cap.* 10. *num. vlt.* Y se pueden añadir, si bien en ellos se hallaron citados Dom. Couar. *rubr. de testam.* 3. *part. num.* 19. Dom. Castillo *de vsufruct. cap.* 39. *ex num.* 34. Angulo *al titulo de las mejoras*, *in l.* 10. *Glos.* 2. *num.* 4. Azeuedo *in l.* 1. *tit.* 6. *lib.* 5. *Compilat. num.* 20. Alvarado *de coniecturata mente defuncti*, *lib.* 3. *cap.* 2. *nu.* 48. & alij innumeri. En esta forma: *La disposicion que depende de contrato, ò acto entre vivos, aunque sea revocable a voluntad del disponente; no se entiende revocada, ni se comprehende en la institucion de la herencia.* Añaden esta limitacion, sino es que sea incompatible vna disposicion con otra; porque si no quedan bienes en que se pueda verificar la institucion de heredero, se revoca la disposicion inter viuos, por la institucion, D. Castillo *d. cap.* 39. *de vsufr. ex num.* 25. No discurramos aora en el mayorazgo de la Casa de San-Lucar, y agregados, que fue omnium bonorum, y fundado en testamento, que se revoca por otro, sino del de Mairena fundado, ex parte bonorum, y en acto inter viuos; y veamos si se le puede aplicar esta regla. Si fuera fundado simpliciter, aunque limitadamente; yo no dudo que aquel mayorazgo no auia de entrar en la institucion de heredera, sino es, que nominatim se hiziera mencion dèl para el caso de su revocabilidad. Pero auiendo vna clausula tan fuerte, y tan exuberante (no hablo de la clausula de la agregacion) como en la que el señor Conde reservò el disponer de aquellos bienes, faltando la linea llamada, ni el texto, ni la doctrina son aplicables a este caso; porque nosotros no dezimos que se comprehendieron en la institucion de la señora Condesa, hecha en el poder de Toro los bienes de el Estado de Mairena, que essos estauan, y estuvieron mientras su Excelencia viuiò en poder de tercero: Lo que dezimos es, que aquel derecho condicional, aquella accion que de la reserva auia de nacer en su caso, y cumplida la condicion, se comprehendiò con todos los demàs derechos puros, y presentes en la herencia de el señor Conde-Duque, y que passò a la señora Condesa, como en su Excelencia residia, como se ha probado.

56 Respondamos a la oposicion siguiente, y para formarla mudan tambien los terminos: Dizen: El señor Conde-Duque se reservò *para si* este derecho de disponer; con que fue personal en fuerza de la palabra limitada *para si*. Toda eleccion personal, que no se explica por la misma persona, espira con ella, y no passa al heredero. Luego esta reserva de dispo-

ner no passò à la señora Condesa. Yo quisiera disimularme de Escolastico en este papel, y correr solo en los terminos, y doctrinas practicas, pero no es possible. Este sillogismo tiene vicio en la dialectica, no hablo de lo incierro de sus proposiciones, sino de la falta en su formalidad, que ellos llaman estar en quatro terminos. La mayor es esta, *reservatio sibi cauta personalis est*: Estos son dos terminos. La menor es. *Electio personalis in transmissibilis est ad hæredes*. Estos son otros dos. La consequedcia no puede salir: *Ergo hac reservatio personalis in trãsmissibilis est*. Porque era menester probar, que la reservacion personal se identificaua con la eleccion personal.

57 Probemos aora, que no son ciertas las proposiciones: Dizese, que por auer hecho el señor Conde Duque la reserva *para si*, sin otro algun aditamento es personal, y no transmissible à los herederos. Si esta proposicion fuera cierta, probara que estas palabras, *promittis mihi centum*, inducen tal calidad por la fuerza de la palabra *mihi*, que no passe la accion al heredero; lo qual en derecho no se puede dezir tenemos en esto reglas, *in l.1.ff. de stipulat. servor.* que dize assi: *Cum servus stipulatur nihil interest, sibi, an domino, an verò sinè, alterutra eorum adiectione dari stipuletur*, otra en *la l. siue mihi 15. eod. tit.* illis verbis: *Siuè mihi, siuè sibi, siuè conservo suo, siuè impersonaliter dari servus meus stipuletur, mihi adquiret*. Falta esta regla por especial razon en los esclauos comunes, *l. si servus communis 18. per totam. ff. eod. tit.* y en los hechos personales, como se explica *in princip. & §.1. inst. de stipulat. servor.* En este §. 1. poniendo la regla de los esclavos, como se pone *in d.l. 15.* se añade; *idem iuris est, & in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis ei adquirere possunt.* Y assi lo que passa del hijo, y del esclavo al padre, y al señor, sin embargo de la palabra *sibi*, podrà passar del Autor al heredero, supuesto que no es palabra que induce personalidad. En los pactos tenemos la misma regla, *in l. tale pactum 40. ff. de pactis*, donde el pacto hecho con estas palabras; *profiteor te non teneri*; no es personal, no se dirige à la persona de ti, aunque se dixo *te*; sino general, y transitorio ad hæredes, como explican la palabra *general* todos los Autores en este texto; pero el mas claro, y que mejor explica la doctrina es, *in l. Iuris gentium 7. §. Pactorum 8. ff. eod. tit.* ibi: *Pactorum quædam in rem sunt quædam in personam, in rem sunt, quoties generaliter paciscor, ne petam, in personam, quoties ne à persona petam.* Esta es la regla, explicala sequentibus verbis: *Vtrum autem in rem, an in personam pactũ factum est, minus ex verbis, quàm ex mente conuenientium æstimandum est: plerunquè enim (vt, & Pedius ait) persona pacto inseritur, non vt personale pactum fiat; sed vt demonstretur, cum quo pactum factum est.* Esto mismo enseñan todos los Autores, añadiendo, que en duda todos los pactos se entienden Reales, si por parti

ticular razon ex parte rei, ò por particular voluntad, ex parte conuentionis, no se hazē personales, Bart. & communiter Clasici *in d. §. Pactorum* laso *ibidem §. Ait Prætor. n.* 20. Vbesembechius *in suo copioso Commentario de pactis. num.* 4. Morla *in emporio, tit.* 3 *. de pactis in prælud. num.* 9. Franciscus Conanus, *lib.* 5. *comm. cap.* 4. *num.* 5. Franciscus Duarenus *ad tit. de pignorat. act. cap.* 6. *& ad tit. de probat. cap.* 3. *§. Secundum genus.* Cuiac. *lib.* 1. *respons. Papin. in d. l. tale pactum* 40. *in princ. & lib.* 18. *observat. cap.* 2. Ludouicus Charondas, *lib.* 2. *verosimil. cap.* 8. D. Pichardus *in §.* 1 *. inst. de lege Aquil. n.* 62. Antonius Heringius *de fideiussoribus, cap.* 20. *§.* 8. *num.* 5. Mantica *de tacit. & ambiguis conuent. lib.* 1. *tit.* 7. *num.* 1. Fraucifcus Marcus *decis.* 482. *num.* 6. *&* 7. Y assi el pacto in continenti adiecto, vel in limine fundationis Status de Maytena, no dexa de ser Real, y transitorio, ad hæredes, aunque el señor Conde Duque reservasse *para si*, porque esta palabra denota la persona que pacto, pero no haze personal el pacto.

58 La segunda proposicion, *que la eleccion es personal, y no transmissible à los herederos*, ademàs de ser de terminos diferētes; porque aqui no se trata de eleccion, es tābien de la mesma calidad que la passada; pero quiero escusar el apurar, y ajustar los principios de derecho en ella, por auerlo hecho cō la diligencia, y examen; que suele el señor Doctor Don Alonso de Olea *de cessione iur. & actionum, tit.* 3. *quæst.* 1. *ex num.* 32. *vsque ad finem quæstionis.* Contentandome con poner su resolucion, que es la comun, y seguida: quando compete el derecho de eligir por contrato, ò por otro acto alguno para su propria vtilidad, que llaman iure proprio; no es personal, sino transmissible al heredero, y cessible à qualquier estraño: y compite al heredero, ex vi solius institutionis; pero quando compite el derecho de eligir para otro, para vtilidad agena, iure alieno, veluti, quando alicui committitur facultas arbitrandi, nominandi, & eligendi ad Capellaniā, es eleccion personal que mira la industria de aquel à quien se concediò, y assi se acaba con su persona. El señor Conde Duque no reservò en si la facultad de elegir sucessor para el Estado de Mayrena, en caso que faltasse la descendencia de sus hijos; sino la disposicion de los bienes, como se ha dicho; que son muy diferentes terminos Sed sine veritatis præiudicio demus reseruase sibi electionem nominandi successorem eo in casu: Quien aurà que diga que esta fue eleccion para otro, y cometida por otro, para que se entienda eligida la industria del señor Conde Duque? Quien fue, quien la eligiò, y aprobò? Estas oposiciones mas facilmente se desvanecen, que se responden, y son tan desemejantes, que toda su respuesta consiste en aclararlas, y manifestarlas.

59 La vltima oposicion, que queda propuesta *supra num.* 35. es que

que el señor Conde Duque auiendo reservado en si el disponer del Estado de Mayrena en la capitulaciõ matrimonial, y execuciõ della, en q̃ formò el mayorazgo; despues en el testamento principal de el mismo año de 1642. dispuso de este Estado, con que consumiò el derecho que auia reservado para si, *hac prima testatione*, *l. apud Aufidium* 20. *ff. de opt. legat.* Y por el consiguiente no pudo passar el derecho fenecido, y consumido a la señora Condesa su heredera. El texto no tiene que ver, ni aun por alusion, con la materia que se trata; porque trata de el legado de opcion que en la Iurisprudencia antigua tuvo muy singular naturaleza, *§. Optionis inst. de legatis.* Vlpianus *in fragm. regular. tit.* 24. *de legat. §. Optione* 14. *cum seq.* devia el heredero exhibir, y manifestar todas las especies, entre que se auia de hazer la opcion à el legatario que auia de optar; y el en acto legitimo, y ante Iuez (porque la opcion fue acto legitimo, *l. actus legitimi* 77. *de reg. iur.* ibi: *Serui optio*) optaua, eligia la espscie, que le parecia; con que al instante èl adquiria el dominio, y el heredero se libraua de la obligacion, ex testamento. El mismo texto lo dà a entender: *Quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixit vestimenta triclimaria, consumpsit: quoniam res continuo eius fit simul ac dixerit eam sumere.* Sentido que reconociò Pedro Barbosa *in posthumis ad l. servi electione* 5. *ex num.* 2. *de legatis* 1. Addendi *Costa lib.* 2. *select. cap.* 25. *num.* 6. Benedict. Pinell. *lib.* 2. *select. cap.* 16. *num.* 32. Cusac. *lib.* 9. *qq. Papin. in l. sis qui Stichum* 66. *de procurat.* Donell. *lib.* 15. *comm. cap.* 2. & ibi Osuald. *litt.* F. Guillelmus Onciacus *quæst. academic. lib.* 2. *quæst.* 77. Dom. Madera *lib. singular. animaduers. cap.* 23. *à princ.* Dom. Larreatigui *lib.* 5. *select. cap.* 3. *& in alijs locis eiusdem libri*, Flores de Mena *lib.* 3. *practic. cap.* 22. *ex num.* 11. Petr. Faber *lib.* 1. *semestr. cap.* 15. *pag.* 88. Illustrissimus Dominus Præceptor meus D. Ramos *in M. S. de indiuiduis cap.* 4. *num.* 8. quem, & ipse imitatus, & sequutus fui Salmanticæ *in eod. tract.* De speciali autem natura legati optionis, videndus etiã Dom. Olea *dicto tit.* 3. *quæst.* 1. *num.* 48. Nada de esto milita en el que reserva en si disponer de vna cosa; pues aunque disponga la primer vez, sino fue por acto inter viuos en que al instante traspassò el dominio, y derecho a aquel en quien dispuso, podrà variar, y mudar voluntad, variando, ò mudando el testamento, ò codicilo en q̃ auia dispuesto, y vsado de su reserva, *l. cum pater* 77. *§. à filia de leg.* 2. que habla de la eleccion que competia al testador, que son los terminos mas parecidos a la *ley apud Aufidium*, aunque no son los mismos, docent Dom. Molina, & Addentes *lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 36. Alvarus Valascus *consult.* 61. *ex n.* 6. *& consult.* 102. *num.* 23. Antonius Gamma *decis.* 173. vbi Flores de Mena, *& in Addit. ad decis.* 36. Caldas Pereyra *de nominat. emphyt. lib.* 2.

2.*quæst*.5.*num*.35.*& quæst*.10.*n*.29. *& lib*.3.*cap*.3.*num*.40.*& cap*.8.*n*.1. Pater Molin.*disput*.593.*num*.4. D. Paz *de tenuta cap*.34.*num*.57. Dom Castill. *tom*. 2.*controuers*. *cap*. 26. *num*.65. *& tom*. 5. *cap*.80. *num*.12. Noguerol.*alleg*.9. *num*. 4. Carpio *de execut*. *cap*. 19.*ex num*.28.& amplitet laudans sentẽtiam Molinæ Rojas *de incompat*.8.*part*.*cap*.6.*n*.2. y assi aunque huuiesse dispuesto en el testamento principal del mayorazgo, y Estado de Mayrena, si este se revocò de nada seruiria esta disposicion: y assi passando en que tenga cuerpo esta oposicion, se responde à ella.

60 Pero yo, ò no la entiendo, ò no se le hallo: porque tres disposiciones ay à cerca de esta reserva, y todas tres miran a vna vnion inseparable de la Casa de Mairena con la de San-Lucar; de forma, que en la sucession cortan vna misma fortuna en llegando el caso de juntarse. La primera, es la que el señor Conde-Duque hizo en el mismo acto de reservar, y en la fundacion deste Estado, ibi: *Y solo se ha de suceder en dicho caso por nueua disposicion de dicho señor; y en caso, que no la aya estos bienes, y el dicho juro que dà la Excelentissima señora Condesa de Olivares se han de agregar al mayorazgo de la Casa de San- Lucar; porque la voluntad de los dichos Señores, es, que reciprocamente se suceda en las dichas casas.* Otra disposicion es la de el testamento del año de 1642. en que no ay nueva voluntad del señor Conde Duque, sino vnos llamamiẽtos, en conformidad de la vniõ, y substitucion reciproca de estas Casas, que el que sucediere en la de San-Lucar, suceda en la de Mairena. La tercera disposicion, es la de la señora Condesa, que llamando a la sucession de la Casa de San-Lucar a el Marques de Mairena en primer lugar, las vne, y jũta como su marido auia hecho; que todo es vna cõtinuada voluntad, expressada en caso que no huviesse nueva, ò diferente disposicion, en la misma escriptura de capitulaciones matrimoniales; porque nunca se apartò el señor Conde de lo que alli quiso, y expressò: Pues como se puede llamar primera expression de voluntad la del testamento de el año de 1642? Como se puede llamar nueua disposicion, la que dispone lo mismo que estaua dispuesto en las capitulaciones matrimoniales? Diràse, que vna cosa es la vnion, y agregacion de estos dos Estados; que essa se hizo desde luego, para quãdo estuviesse fundado el de San Lucar; otra, el darles sucessores, y lineas, con determinados llamamiẽtos, que se hizo la primera vez en el testamento del año de 1642. Pero si se dixesse assi, tampoco era oposicion; pues no es declaracion de voluntad, sino disposicion principal, fundar mayorazgo en testamento; y darle reglas para la sucession. La qual queda sugeta à revocacion, como lo està el mismo testamento, *vt in proximo.§. Dicemus*, por ser parte, y contenido dèl. Y assi si fuesse firme, y efi-

caz el teſtamento de el año de 42. Cierto es, que el que en èl tuviere llamamiento al Eſtado de Mairena ſucederà en èl como en los demàs Eſtados a que eſtà vnido: ſino lo fueſſe, y eſtuvieſſe revocado por el poder de Toro, no podrà ſervir para el intento. Y aſsi quantas lineas han tirado los Abogados del ſeñor Marques de Leganès no tienen mas que eſte cẽtro. Leguemos, pues, a lo que es neceſſario, y deviera ſer vnico en eſta accion.

§. IV.

Del teſtamento que otorgò el ſeñor Conde Duque en eſta Villa de Madrid, Palacio del Buen-Retiro, à 16. de Mayo de 1642. Memorial deſde el numer. 45. haſta 179.

61 Eſte teſtamento es el Achyles de los Abogados del ſeñor Marques de Leganes: de èl traen ſu derecho a la ſuceſsion, pretendiendo, que entre los llamados, deſpues de la linea de los Marqueſes de Mairena, que faltò, es preferida la Caſa de Leganes, y q̃ ha llegado el caſo de ſu ſubſtitucion, ò llamamiento. Dizen, que es el mas prouido que ſe pudo formar; mas conforme a la inclinacion de vn gran ſeñor, que diſponia de tantos bienes, mercedes, dignidades, vaſſallos, titulos, y grandeza; pues mirando a la conſervacion de ſu iluſtre Caſa, y Linage, en quanto pudo, tratò de eternizar ſu memoria, ſi ſe puede dezir aſsi, hecho con la mayor cõſulta, y deliberacion que ſe pudo poner por vn ſugeto de ſu capazidad, y pueſto, aſsiſtido de los mayores Varones que tenia a la ſazõ la Monarquia, y eſtavan a ſu mano. Que no ha avido haſta aora quien le aya pueſto la mas minima objecion, en legalidad, en formalidad, y exiſtencia, aunque ſe diſcurriò tanto, y tan ſutil en la inſtancia de tenuta por los Abogados del ſeñor Duque de Medina. Que a eſte ſe opone vn poder, otorgado en la Ciudad de Toro por ſu Excelencia eſtando moribundo, frenetico, hecho por ſugeſtion de vn Eſcriuano dadiuado, ſoſpechoſo (y en la informacion de Granada ſe corriò el velo, y ſe le llamò falſario, y falſo el poder) en quatro palabras, *inſtituyo por heredera a mi muger*, deshaziendo la fundacion de vinculo de tã iluſtre Caſa, y pueſtas todas eſtas razones retoricamente en vn genero deliberatiuo, ſe concluye, que no puede auer juizio humano que ſe perſuada a que tal poder revocaſſe tal teſtamento. Que eſto ſe huvieſſe dicho en la inſtancia de tenuta, no era de eſtrañar; porque es Abogacia comũ exagerar las razones, y fundamentos de ſu parte, por leues que ſean; pero de eſtrañar es que lo diga con tan gran confiança la informacion de Granada, deſpues que el Conſejo en viſta de todas eſtas opoſiciones, y con deſeſtimacion de ellas, diò la tenuta de eſtos Eſtado à el ſeñor Duque de

Medina de las Torres; pues es vn dezir claramente contra tan gran Senado, lo que ni se deue dezir, ni imaginar.

62 Responderemosle por los mismos medios de su discurso, diuidiendo este §. en tres puntos. En el primero se probarà, que si respeto del Estado en que muriò el señor Conde-Duque, quisiera fallecer con la disposicion deste testamento; fuera inepta voluntad, impracticable, imposible; tanto dista de ser prouidente. En el segundo, que por tal la dexò olvidada, y desestimada en Loeches entre papeles de ninguna importancia, quando en la mudança de su fortuna se retirò a Toro, sin hazer mas de ella caso, ni estimacion alguna, que no se deviò aconsejar a la señora Duquesa, que la pusiesse en estado de poderse publicar; y quanto se excediò en descubrir la minuta de su cõtenido, antes que pareciesse este papel, a que se quiso dar nombre de testamento; y se probarà que todo esto fue contra derecho. En el tercer punto se fundarà, que el señor Marques de Leganès, y su Casa no tenia, ni al presente tiene llamamiento, en virtud de esta disposicion, discurriendo en su irregularidad.

63 Reservaremos para el §. siguiente tratar del poder de Toro; de la calidad de aquella escritura, poco entẽdida, ò procurada desentender por los Abogados de el señor Marques. Desta inteligencia resultarà, que en el estado en que se hallò el señor Conde Duque no pudo hazer mas providente disposicion, mas segura, y mas conveniente a su sangre, Casa, y familia que la que hizo. Trataràse de su solemne formalidad, segun los requisitos de derecho. Y remouidas las oposiciones voluntarias, que se fundan en discursos, y leves congeturas, se probarà por los mismos autos, que quando el señor Conde-Duque dispuso estaua en su sano juizio. Aora nos ceñirèmos a lo que toca al testamento de 1642. de que en este §. discurrimos.

Punto primero del §. Quarto.

En que se prueva, que si respecto de el estado en que muriò el señor Conde Duque quisiera fallecer con esta disposicion, seria inepta.

64 Exageraciones, y ponderaciones demasiadas, son contra mi natural inclinacion; y me parece que quitan el credito a la dotrina para con personas de buen seso. La verdad es connatural al hombre, con poco ruido se manifiesta: Tertuliano *adversus Valentinianos*, dixo: *Cõgruit veritati ridere quia lætans; de æmulis suis ludere, quia secura est.* Con todo esso me esforçarè a dezir, que si en el estado de cosas en que el señor Conde-Duque muriò retirado en Toro, quisiera morir con el testamento, que otorgò en Madrid, fuera el mayor desacierto que pudiera cometer. Valerio Maximo *lib. 6. sua*

hista-

historia miscellæ cap. 9. hizo vn grave reparo para nuestra enseñança: *Multum animis hominum, & fiducia adijcere, & solicitudinis detrahere potest, morum ac fortunæ in claris viris recognita mutatio.* A este assumpto miran todos aquellos exẽplos; ver mudar a su Excelencia la disposicion con la mudança de estado, y de esperanças, nos dà mucha confiança, y nos aliuia de solicitud para persuadir nuestro assumpto. *Caduca nimium hæc, & fragilia,* concluye su intento Valerio *en el §. vlt. del cap. 9.* citado. *Puerilibusque consentanea crepundijs, quæ vires atque opes humanæ vocantur: affluunt subito, repente dilabuntur, nullo in loco, nulla in persona stabilibus nixa radicibus consistunt; sed in certissimo statu Fortunæ huc atque, illuc acta, quos in sublime extulerunt improviso decursu destitutos profundo cladium miserabiliter immergunt.* Hizo este testamento en el auge de su prosperidad, valido, y primer Ministro del primer Monarcha, *caput todo orbe secundũ,* vsando de la phrasi de Iuvenal, aspirò a quanto le alentavan sus esperanças, y tan gran favor:

Vnus Pelæo iuveni non sufficit orbis,
Æstuat infœlix angusto limite mundi
Vt Gyaræ clausus scopulis, parvà Seripho.

Dixo de Alexandro Magno altamente Iuvenal en su altissima *satyra* 10. pintando, y ponderando el lleno de su fortuna, y su felizidad, y con discreta comparacion añade:

Cum tamen à figulis munitam intraverit vrbem,
Sarcophago contentus erit: mors sola fatetur,
Quantula sint hominum corpuscula,

Formò su Excelencia vna disposicion, si miramos a el publico, de grandissimas conveniencias, de ricas dotaciones, de providencias muy singulares; confiesso que son todas muy proprias de vn Ministro tan zeloso del servicio de su Rey, y tan cuidadoso del bien del Reyno. Si a lo patticular de su Casa, de gran lustre, y de muy digna dotacion, pues sin lo honorifico, de oficios, y dignidades que es lo mas, la compuso de cien mil ducados de renta, libres de cargas. Para todo esto eran menester tres millones de ducados a el justo, y para darlo empleado durablemente mas de cinco. Y la hazienda presente era corta, pues en la clausula, que despues se reconocerà, teme, que si en aquel estado, y tiempo le cogiesse la muerte, podria faltar, en el que dexava, caudal para pagar sus deudas; fiado solo, pues, en las esperanças de vida, y de lo que de la Real benignidad de su Magestad, podia acrecentar, se alentò a tan heroyco testamento. Todo esto faltò en breve tiempo; y el año de 43. le vimos retirado en su Villa de Loeches, el mismo por la primavera en Toro. Cortadas las esperanças, y dos años despues el hilo de la vida, perseverando en el mismo Estado, y Ciudad; y con todo esso se quiere de-

dezir, que este testamento es provido, y prudente. Si perseverando la prosperidad algunos años, y muriendo en ella el testador, fuera muy dificultoso cumplirse tanta disposicion, tan largo testamento, què fuera, si en aquel estado se tratara de cumplir? De la profecia de Ieremias, *cap.* 12. *vers.* 5. sacò el Padre Martin del Rio *el adagio* 837. *del primer tomo*, que dize assi: *Si cum peditibus currens laborasti, quomodo contendere poteris cum equis.* Eius expositionem nihil moror. Plutarco en sus ingeniosos Problemas, preguntò en el 76. de los Romanos: *Cur nobiles in calceis lunulas gestarint?* Y entre otras dà esta razon: *Hoc ipso superbos admoneri rerum humanarum instabilitatis, &c.* Y pienso que de este aviso alabò el culto Propertio a Mæcenas, primer Ministro de Augusto, *lib.* 3. *elegia* 7. pondrè algunos versos por elegãtes, quia parvæ carthæ facilis est iactura:

Cum tibi Romano dominas in honore secures,
Et liceat medio ponere iura foro:
Vel tibi Medorum pugnaces ire per hostes,
Atque onerare tuam fixa per arma domum:
Et tibi ad effectum vires det Cæsar, & omni
Tempore tam faciles insinuentur opes.
Parcis, & in tenues humilem te colligis vmbras, &c.

65 Esto se persuadirà practicamente, epilogando la disposiciõ, arte, y forma de ella. Funda vn Convento de Frayles Geronimos en su Villa de San Iuan de Alfarache, para su entierro, y de su familia; y en quanto a su doracion, se remite a la escritura. Al Convento de la Concepcion Dominica de la Villa de Loeches, que tenia fundado, le dexa hasta cumplimiento de doze mil ducados de renta. Manda que se compre à Venazar, por ser importante para el Estado de San-Lucar. Y vltrà desto, manda, que del mueble, joyas, y menage, vendiendose todo (menos los legados que son de consideracion) se ponga renta fixa, y bien fundada, y se impongan ciento y cincuẽta mil ducados de renta con empleos, y reempleos continuamente, sin que nada estè ocioso; los cien mil libres de toda carga, exceptas las limosnas que señalare, para dote de la Casa de San-Lucar; y los cincuenta mil para las obras pias, que adelante señalarà, en la forma siguiente. Dexa vno y medio por ciento de todo lo que se pagare, administrare, y beneficiare, y de alli los salarios a los Administradores que nombra, y han de hazer, y cuidar de los empleos, y reempleos. Haze la cuenta de los 50U. ducados de rẽta, despues de fundados; y dize, que se buelvan a emplear estos 50U. ducados cada siete años; que en ellos con los empleos, y reempleos, importan 400U. ducados. De estos 400U. ducados de el primer septenio, manda se forme vn monte de piedad, ò erario pu-

blico para emprestidos interessales en su Villa de San-Lucar la Mayor, para sus vezinos, y para los de todos los Lugares del Estado, y dà la forma del regimen, y administracion del monte. Lo mismo manda se haga en el segundo septenio, y que de los otros 400ꝟ. ducados que resulten de los empleos, y reempleos se funde otro monte de piedad en su Villa de Coria, y de la renta que resultare deste mõte, que seràn 16ꝟ. ducados cada año, manda se funde vn Seminario de Marineros, en que aya ocho Pilotos jubilados, que enseñen la arte, y carta de marear a los moços que en el Seminario se recogieren. Manda tambien, que de lo procedido del tercer septenio, se funde otro monte de piedad en Salamanca, para prestar à Estudiantes, y Ciudadanos, con prelacion de la Escuela; y de la renta del monte, que seràn los mismos diez y seis mil ducados, se funde vn Colegio Mayor, de la traza, y forma de el del Arçobispo. Y acabados los tres setenios, que los procedidos de los 50ꝟ.ds. de renta, se empleen, y reempleen por quatro años, y que de este caudal se funde vn monte de piedad en la Villa de Tomares, y la renta que resultare de sus empleos, que serà de nueue à diez mil ducados, se distribuya en casar huerfanas, señalandolas, y la cãtidad con que se las ha de socorrer: y otros quatro años para otro monte de piedad en la Villa de Loeches. Despues de corridos estos ocho años, manda que de la rente de otros siete, ò ocho de los cinquenta mil ducados, que vàn produciendo estos montes, se funde otro en la Ciudad de Seuilla, jũto al Alcaçar, y que su renta se distribuya en poblar lugares despoblados, conforme a las leyes, y priuilegios de Poblacion: Y que en la misma forma se fundẽ en Cordoua, y Granada dos montes de piedad, cõ capital, que haga 20ꝟ.ds. de renta, producida de los socorros, y prestamos que hizieren: y della se funden sesenta Encomiendas, para que señala sujetos, y rẽta proporcionada. Hasta aqui dispuso con tal arte el producto de los 50ꝟ. ducados, cõ empleos, y reempleos, que pariessen ocho montes de piedad, con mas de 150ꝟ. ducados de renta, aplicados a las obras pias, y necessidades publicas que hemos visto; desde *el num.* 99. trata de emplear el tiempo de las vacantes de los cien mil ducados de renta que mandò consignar para su Casa, y Estado de San Lucar, dize: Que porque conforme a su disposicion puede ser, que estèn vacos mucho tiempo (notese està causal, que se ponderarà mas *en el punto* 3. *de este* §.) se empleen, y reempleen, hasta que se hagan otros cien mil ducados de renta, y se gasten en reedificar, y poblar las Algeciras, y puesto de Getales, y en socorrer à los nuevos Pobladores; y que acabada la reedificacion, y poblacion, se haga vna escuadra de Galeones, y Zabras para la guarda del Estrecho. Y desde el *num.* 104. disponiendo, que se ayuden los cinquẽ-

ta mil ducados de renta, que nunca cessan; con lo parado de las vacantes manda, que del producto de vno, y otro se funde, y situè la renta necessaria para vn aloxamiento de cinquenta Soldados en esta Corte, tres Albergues en Ierusalen, Loreto, y Santiago, y dos Hospitales para Soldados viejos; vno en esta Corte, y otro en Seuilla. Quiẽ supiere bien el guarismo eche la cuenta de renta, y producidos, que sin llegar al socorro de las vacãtes, con que se auian de poblar las Algeciras, y dotar la Esquadra de Galeones, y Zabras para guardar el Estrecho; hallarà que excede de cinco millones de ducados: largas esperanças! Pues de presente era tan corto el caudal de hazienda de su Excelencia, que si en aquel tiempo muriesse, temia no dexar para pagar sus deudas. Veasè *el nu. 55 del Memor.*

66 Dicho esto por mayor, y insinuando vn testamento de disposicion publica, pia, y particular, se puede hazer ponderacion de su prouidencia, puedese exagerar el zelo, y afecto, con que vn primer Ministro cuidò para despues de sus dias de aquello mismo, que viuiendo tenia a su cargo. Pero solo servirà lo que assi se diga, para los que no vieren, leyeren, y consideraren el fin, ò exito de lo que se mandaua. *Quidquid agas, sapienter agas, & respice finem*: Dixo vno de los siete Sabios de Grecia. Muchas cosas dichas por mayor tienẽ color, que se desfiguran, en manifestandose: aqui no es menester mas, que remitir a los señores Iuezes a lo escrito, como hizo San Augustin, *aduersus litteras Petilliani, lib. 3. cap. 1.* illis verbis. *Tam male existimasti, ne dicam de Christianis sed de genere humano, vt crederes, tua scripta, & mea in manus aliquorum non posse peruenire Prudentum*? No es mi animo notar, ò censurar disposicion de varon tan grande, hecha con tanta meditacion, y acuerdo, como ella misma indica: solo digo que se hizo para otra fortuna, tiempo, y esperanças, y que no quedando las cosas en aquella postura que teniã quando se hizo, antes auiendose variado, y tan presto, como se variaron, no se ajusta, es, y se deue tener por inepta para la sazõ, en que su Excelencia muriò: y que sola esta circunstancia bastarà para desvanecerla; porque toda voluntad humana, aun la que se explica por contratos, cessa variandose el Estado de las cosas, y trae consigo la calidad rebus in eodem statu permanentibus, *l. quod seruius 8. ff. de cond. causa data, l. quaero 54. §. Inter locatorem. ff. locati, l. continuus 137. §. Cum quis, de verbor. obligat.* De quo myrothecio multa, & multos cumulat Augustin. Barbos. *de clausulis, claus. 229.* & ad propositum voluntatis testamentariæ, Menoch. *lib. 4. præsumpt. 65.* Mant. *de coniectur. lib. 12. tit. 1. à num. 33.* Mascard. *de probat. conclus. 1131. & 1157. & 1423.*

67 Esto mismo se reconociò por los Abogados, pues se valen de la clausula, *num. 77.* en que dexa la suprema proteccion de su dis-

disposicion, y Casa al Consejo, y facultad; para que en todo lo justo, y que fuere conforme a su voluntad, ampare su Casa, y en todos los casos omitidos, ò dudosos, aunque aya tercero, q̃ pretenda algũ derecho, ò interes, fundado en su disposiciõ, pueda declarar, y declare su voluntad, breue y sumariamente, sin guardar forma, ni orden judicial, y lo que el Consejo declarare se execute, como si fuera disposicion suya, y no se pueda reclamar, ni suplicar; porque su intencion es, que sobre sus disposiciones no aya pleyto; y en virtud de esta clausula pretendian, que se pudiesse reducir a buena forma lo q̃ pareciesse irregular en esta disposiciõ. No quiero gastar tiempo en el discurrir, si en virtud de esta facultad podria el Consejo alterar, moderar, ò revocar parte de la disposicion, auiendo sido no mas que para declarar lo dudoso; qui enim declarat, nec dat, nec detrahit, *sed datum significat. l. hæredes palam 21. §. 1. ff. qui testam. facere poss.* vt qui spicas excutit, non nouam speciem facit, sed eam, quæ est, detegit, *l. adeò 7. §. Cum quis ex aliena, versic. Videntur de adquir. rer. dominio*, vt ad varia docent Antonius Gabriel *conclus. 3. de regul. iur. per totam*, Menoch. *lib. 1. de arbitr. quæst. 73. ex num. 17.* Bobadilla *in Politica lib. 3. cap. 8. num. 263.* Dom. Valenç. *cons. 120. ex num. 16.* Fontanella *de pactis nupt. claus. 4. Glos. 5. num. 11.* Ossuald. ad Donell. *lib. 23. cap. 5. litt. H.* Concedamossela al Consejo, y preguntemos; què es lo que se ha de quitàr; ò cercenar las pias memorias, ò la renta de la Casa, què moderacion se ha de tomar, y hasta quanto? Esto no fuera testar de nuevo el Consejo por su Excelencia? *Sed municipibus pecuniã legatam, vt ex reddítu eius venatio, aut spectacula edantur, in eas causas erogari vetuit; & pecuniam eo legatam in id, quod maximè necessarium municipibus videretur, conferre:* refert Consultus *in l. legatam 4. ff. de administrat. rer. ad Ciuit. pertinent.* Ofreciòseme para el caso este texto. Si el Senado huviera de convertir en otra forma esta disposicion, dandosela adequada al estado presente de las cosas del señor Conde Duque; señal seria que por si auia quedado evaquada, como estaua en aquel testamẽto: y quanto hiziesse el Consejo, seria prudente arbitrio suyo, no voluntad de su Excelencia. Y assi no ay duda, que hizo mas prudentemente en adornar, y prevenir otra disposicion mas ajustada a el tiempo en que moria; despues dirè como lo executò en el poder de Toro. Y por aora baste lo dicho para desvanecer las ponderaciones que hazen los Abogados de la gran providencia, y exactissima disposicion deste testamento.

Pun-

Punto Segundo del §. Quarto.

Que la escritura de este testamento, quedò desestimada en Loeches, entre papeles de ninguna importancia, que no se deviò abrir, y abierta no es de substancia.

68 La mayor destreza en la administracion de la Iusticia, consiste en el conocimiento, y manifestacion de los negocios, y sus causas. Lo primero, porque en esto se funda la assecucion perfecta de la verdad. Lo segundo, porque penetrada la causa se descubre la intencion del que obra. Es doctrina de Aristoteles *lib.* 10. *Ethicor.* que dilatò Ciceron *lib.* 5. *de fin.* A que aludiò el Glorioso Doctor San Agustin *lib.* 7. *de Ciuit. Dei. cap.* 9. *in princip. Deus est*, inquit, *habens potestatem causarum, quibus aliquid fit in mundo. Hoc quam magnum sit nobilissimus ille Virgilij versus testatur*: Fœlix qui potuit rerum cognoscere causas. Est versus 490. *ex lib.* 2. *Georgicor.* qui locus non fugit eruditionẽ eximij Cerdæ *in notis num.* 1. Muchas cosas parecen que se olvidan que se desprecian, y su mayor desestimacion consiste en el no hazer caso de ellas. Dos lugares puse para este assumpto en otra que vienen bien aqui. El vno es de Seneca *lib.* 3. *de beneficijs, cap.* 1. *Multa*, inquit *sunt genera ingratorum (vt furum, & homicidarum) quorum vna culpa est, cæterum in partibus varietas magna. Ingratus est, qui beneficium accepisse se negat, quod accepit. Ingratus est qui dissimulat. Ingratus qui non reddit. Ingratissimus omnium, qui oblitus est.* Si fuera vn olvido total natural no pudiera caer el vicio de la ingratitud en vn trascordado; no mas, que en vn mentecato, ò furioso. Veamos como lo entiende el Angelico Doctor Santo Tomàs 2. 2. *quæst.* 104. *art.* 2. *Primus gradus ingratitudinis est, vt homo beneficium non retribuat. Secundus, vt dissimulet, quasi non demonstrans se beneficium accepisse. Tertius, & grauissimum est, quod non recognoscat siue per oblivionem, siuè quocunque alio modo.* De esta exposicion se reconoce, que la grauedad desta ingratitud no consiste en el proprio olvido del beneficio, sino en el afectado; no en el olvidar, sino en el hazerse olvidadizo. Si quisieramos trasladar aqui los Diccionarios de Derecho, y de Latinidad, con muchos testimonios probaramos, q̃ es vso frequente de la voz *olvido*, tomarla por la de desprecio, y desestimacion. Pero no pide este escrito essas amenidades.

69 Bien reconozco, que es materia toda congetural, no fundada en principios, y reglas ciertas, sino en mouimientos de animo, que en cada vno son diferentes; pero esto no me apartarà de que proponga lo que se me hiziere verisimil, y probable por el hecho que consta de los autos. De ellos parece que el Secretario Antonio Carnero, testigo presentado por el señor Marques de Leganès, *num.* 792. *y siguiente*, salvando la

parte, de que dixo no tener noticia, dixo que sabia, que despues de aver venido la señora Condesa, de Toro a Loeches, fue a aquella Villa el señor Don Luis de Haro con su Abogado Don Iuan de Oviedo, para tratar de la composicion de sus pretensiones; y que concurrieron alli el señor Ioseph Gonçalez, y el Marquès de la Puebla, y el testigo; y que aviendo reparado, que los puntos que se ventilauan, mirauan a fundaciones, apartò el testigo al Padre Ripalda, y le preguntò, porque no se valian del testamento que el Conde avia otorgado, año de 1642. en que tan particularmente declarava su voluntad, y disposicion? Y el dicho Padre Ripalda le respondiò, que testamento? Si lo huviera, que nos faltara? Y el testigo le dixo, que era forçoso averle, porque era testigo dèl, y estava todo escrito de su mano, y que tenia en Madrid la minuta, y se la embiaria, si fuesse necessario, para que se buscasse; *y otro dia, que vino à aquella Villa de la de Madrid, se la remitiò*: Y la primera vez que despues encontrò en esta dicha Villa al dicho Padre Ripalda, que no se acuerda, que dia fue, ni adonde, le preguntò si auia parecido el testamento? Y respondiò, que si, y que auia costado mucho trabaxo el hallarlo; porque se auia quedado en vn cofre en Loeches, escondido con otros papeles, quando fue à Toro de que allà no se tenia noticia, y le dixo al testigo con grande exclamacion, ò señor mio, que de inconuenientes se huuieran escusado, si se huuiera sabido de este testamento! y al testigo le pareciò le daua à entender, que todo lo que se auia hecho en Toro, auia sido por falta de esta noticia.

70 Este testigo en lo que es de hecho proprio, haze gran fee, aunque sea singular, como se suele probar *de la l. quaro* 58. *§. vlt. ff. de ædilit. edicto*, Anton. Fab. *in Codice decis. Sabaudiæ. tit. de testib. diffinit.* 35. Farinac. *quæst.* 64. *de testib. cap.* 4. Mascard. *de probat. in præfat. quæst.* 9. Fontanel. *decis.* 258. 1. *tomo*. Y tambien la haze por ser presentado por el señor Marques de Leganès en la parte que fuere contra producentem, vt solet probari, *ex l. si quis testibus* 16. *C. de testib.* quæ aptissimè explicatur, *in l.* 47. *tit.* 17. *part.* 3. Y en aquello no se tiene por singular absolutamẽte, sino por testigo calificado por lo menos, en que no ay disension de Autores; aunq̃ la aya, en si haze plena fee, ò no. Videndi, quos cumulat, Aug. Barbos. *in collect. ad d. l. si quis testibus*, & addendi apud, D. Larream *decis.* 98. *num.* 50. Carlebal 2. *tom. de iudicijs, tit.* 2. *disput.* 3. *num.* 37. Pero en lo que fuere en fauor de quien le presentò, aunque sea de toda classe, y mayor de toda excepcion, es singular, & dictũ vnius, est dictũ nullius, *cap. in omni negotio de testibus, l. vbi numerus, C. eod. tit.* Y assi ponderaremos su deposicion.

71 Lo primero depone, que diò noticia al Padre Ripalda del testamento otorgado por el señor Conde Duque el año de 1642. que por

por no tener dèl noticia el Padre Ripalda, le diò las señas, y le certificò, diziendo, lo que parece pdr el otorgamiento del mismo testamento, que fue testigo instrumental dèl: añadiò que estaua escrito en limpio, y como se otorgò de su letra: con que solo este testigo podia saber la disposicion; mas dixo, que tenia la minuta, ò borrador dèl en su poder, y ofreciò, que la remitiria, y con efecto lo cumpliò, y se la remitiò al Padre Ripalda, que le dixo despues, que se avia buscado, y hallado con mucha dificultad, porque se avia quedado en vn cofre en Loeches, quando su Excelencia fue a Toro. A mi parecer es llano, que de aqui se començò a fraguar, y fabricar por el Padre Ripalda todo lo que ha dado despues ocasion a este pleyto; porq̃ sabiendo lo dispuesto en el testamento del año de 1642. y haziendo por si solo juizio de la Casa, que tenia primer llamamiento entre Colaterales, despues de la linea de el Marques de Mayrena, procurò con quanto arte pudo contrastar, ò para dezirlo maspropriamente, suplantar la voluntad de la señora Condesa, para que se apartasse de sus disposiciones, y hiziesse lugar a esta, sembrandola escrupulos, y sugestiones, contra el poder de Toro, que antes que supiesse estotra disposicion, tanto avia aplaudido èl mismo, y tantas diligencias, cautelas, y viages avia hecho por su defensa. En este hecho debemos culpar al Secretario Antonio Carnero, aunque tan gran Ministro, porque anduvo como muy poco versado en negocios practicos de justicia; pues quando no huuiesse roto la minuta, ò borrador del testamento cerrado, que quedò en su poder, la debiò ocultar, y no manifestar a nadie; porque fue contra el sigilo natural que se debe a semejantes instrumentos, aver descubierto su secreto, antes que se abriesse solemne, y judicialmente. Debese culpar tambien la demasiada diligencia del Padre Ripalda, en hazer que se buscasse el testamento (cuya disposicion tenia entendida) y quando se buscasse, y hallasse, se debiò hazer con toda manifestacion, poniendo por diligencia, en que forma, y en que parte se hallaua, y entre que papeles. Y nada desto se hizo, y lo que se hizo fue sacar a la plaça del Mundo vn testamento revocado, sin sustãcia de tal, como si se huviera hallado entre los papeles mas guardados, y reservados del señor Conde Duque, y que primero se avian hallado, y puesto en memoria, como de suma importancia. Esto es por mayor, aora discurramos en cada parte de por si.

72 Dixe, que este testamento estava evaquado, olvidado, y despreciado, porque se hallò con dificultad, y entre papeles de ninguna importancia. Consta que se hallò en vn cofre que avia quedado en Loeches con otros papeles, de lo que el Padre Ripalda confessò al Secretario Carnero; y siendo tan prolixa la declaracion, ò deposicion del Padre Ripalda, y hablando

do en ella deste testamento, passa en silencio el buscarle, el hallarle, el aver tenido noticia dèl por aviso de quien se le diò, halla tambien lo de la minuta, ò borrador que recibiò; y el mismo silencio noto en el señor Don Antonio de Castro, Abogado que era de la señora Cōdesa, y en este pleyto de el señor Marques de Leganes; porque como personas doctas, reconocieron todos los defectos que avemos propuesto. Y no carece de fundamento la conjetura que hago, que se hallaria entre papeles de ninguna importancia, y que como tal fue tratado con olvido; porque si el señor Conde-Duque le huviera estimado por su vltima disposiciō, despues que con mudança de fortuna saliò de Loeches a Toro, le huviera recogido, ò lleuado consigo, a lo menos guardadole con los demàs papeles de su estimacion, y donde los demàs estavan, que se hallaron, y invētariaron luego que muriò. Porquè quien ha visto, que papel de tanta estima como es vn testamento cerrado, le guarde cō otros, que quando muriò, ni se buscaron, ni echaron menos para nada en vn cofre? No todo se ha de probar con leyes, ni con dichos de Autores, muchas cosas se dexan à los señores Iuezes, y a su arbitrio: *Prout iudici sederit*, vt inquit Vlpian. *in l. Fideiussor 7. §. vltim. ff. qui satis dare cogant.* id est, vt sibi visum fuerit, como esplican las glossas, ò como dize nuestro Hispanismo, *como se le assentare al Iuez*, vt interpretatus fuit D. Ramirez de Prado ad Chtonic. *Luitpr. annot. 5.*

73 Si es razonable discurrir en los hechos de grandes varones, por los exēplares de otros, en Plutarcho leemos, que el Triūviro M. Antonio dexò encargado, y depositado el testamēto in scriptis, con q̄ muriò, à las Virgenes Vestales: de Iulio Cæsar, quenta Sueton. *en su vida, cap. 73.* lo mismo *Postulante Lucio Pissone Socero testamentum eius apperitur, recitaturque in Antonij domo, quod Idib. Septemb. proximis in Lavicano suo fecerat, demandauitque Virgini vestali maximæ, & Q. Tubero tradidit*, y de Octauiano Augusto Tacito, *lib. 1. Annal. Nihil primo die Senatus agi passus est, Tiberius nisi de suppremis Augusti, cuius testamentum inlatum per Virgines vestæ Tiberium, & Liviam hæredes habuit.* Mas distinctamente Suetonio en su vida, *cap. 101. Testamentum 1. Planco; & C. Silio Coss. 3. Nonas April. ante annum, & quatuor menses, quam decederet, factum ab eo, ac duobus codicibus partim ipsius, partim libertorum Polybij & Hilarionis manuscriptum, depositumq; apud se Virgines Vestales cum tribus signatis aquè voluminibus protulerunt, quæ omnia in Senatu aperta atque recitata sunt.* Y que esta fuesse costumbre recibida entre los Romanos, cuyas disposiciones eran no comunes, ni de poca importancia tenemos indicios en derecho, *l. 3. §. proinde 2. l. vlt. ff. de tabul. exhib.* y lo notaron Gothofredo alli, *Lypsius ad 1. annal. Taciti annot. 43.* Ræbard. *lib. 1. variar. cap. 15.* Anneus Robert. *lib. 1. rer. iudic. cap. 3. & alij.* Y

Y para mayor seguridad vsaron tambien de hazer muchos exemplares de vn mismo testamento, *l. vnum testamentum* 24. *ff qui testam. facere poss. Idque interdum necessariũ est*, dize el texto, *forte si nauigaturus, & secum ferre, & relinquere iudiciorum suorum testationem velit*, Iustiniano puso esta ley en sus institu-ciones, *sub eod. tit.* §. *Sed, & vnum*; y añadiò, *& domi* relinquere, aunq̃ la palabra *domi* se señala astericis, & lineolis, como irreptitia, *l. si in duob. 10. ff. testam. quemadmod. aper. l. 1.* §. *Sed si in duobus 6. cum seq. ff. de bonor. posses. secund. tabul.* Que fue preuencion para que se tuviesse noticia del testamento, luego que falleciesse el testador traerle consigo, y ponerle en parte publica, donde no se pudiesse ocultar.

74 No dexa de admitir aqui ponderaciõ para el assumpto, que lleuo vn texto de Papin. *in l. vltim. ff. de his quæ in testamento delentur.* La consulta fue de vn testador, que hizo en dos exemplares vn mismo testamento cerrado: Vn exemplar puso en vna parte publico, como si dixessemos in æde Sacra, vel archivo: Otro guardò. Esta parte no la explica el Consulto, pero por la contraposicion de lo publico, se puede poner que guardaria el mismo, y en su custodia el otro exemplar: quitò *abstulit atque delebit*, el exemplar que auia guardado en el lugar publico. Y preguntado Papiniano, si por el indicio de auer quitado del Archiuo publico el testamento, de suerte que no pareciò mas, ù de auerle borrado, se entendia, que queria morir abintestato? Papiniano respondiò que no, y al parecer sin hallar dificultad en la consulta; pero el Iuris Consulto Paulo le añadiò vna nota; que si el romper, ò borrar las tablas, ò el vn exemplar, que auia depositado en lugar publico, fue con animo de morir abintestato, y lo probaren los legitimos, quitaràn la herencia a los escritos en el testamento. Para que esta nota no sea impertinente es menester que tenga algun misterio, por la circunstancia de auer el testador con especial prouidẽcia guardado en tan fiel custodia el vn exemplar; y es menester tambien que sea assequible la probança de los legitimos que han de suceder abintestato; porque si la reduxessemos à terminos precisos, de que huviesse dicho el testador, que rõpia el vn exemplar por morir sin testamento; en voluntad tan clara, ni la nota, ni la consulta seria necessaria. Hallando, pues, la probança en el mismo hecho, vt aliàs loquitur Consultus, *in l. vltim.* §. *Idem respondit. 2. ff. ad municipal.* Congetura muy grande seria en pro, ò en contra; el ver, y reconocer, que estimacion hizo el testador del otro exemplar; si quando trataua de su testamento solo cuidaua del que tenia en publica custodia, olvidado del que reservò en la suya, roto el que le lleuaua la atencion, y el que queria, que se tuviesse por disposicion suya; bien se colegirà, que quiso morir abintestato; pero si igualmente defe-

ria, y cõfiaua en vn exemplar que en otro; el quitar del lugar publico el exemplar, antes seria por cautela, de que estuviesse su disposicion mas secreta, y para manifestarla con el que èl guardaua. Todo lo qual es verosimil, y conforme à derecho. Con esta ponderacion hagamos otra consulta en el caso de nuestro pleyto. Supongamos, que el señor Conde Duque con especial prouidencia huviesse hecho dos exemplares del testamento del año de 1642. Vno de los quales huviessé puesto en publica custodia, otro reservado en la suya; y que partiendo de Loeches à Toro en aquella mudãça de cosas reduxo a su poder el exemplar, depositado en lugar publico, y le rõpiò, ò borrò, que el otro quedò en vn cofre entre otros papeles, olvidado, no descubierto, hasta que fuera de sazon, y para intento diferente le manifestò, quien no era parte, ni interessado, ni guarda: quien diria, que roto el vn exemplar no se rompian ambos? Pues quitemos la circunstancia, y digamos, que si la rotura de el vno en este caso causaua el intestado, porque el otro se tenia por despreciado; por lo menos quedarà el que se tenga por tal; pues nigun indicio se halla de su estimacion.

75 Mientras dura cerrado el testamento se tiene, y siempre se ha tenido dèl el cuidado, que se ha dicho, en la publicacion, y apertura dèl, y reduccion a protocolo, y instrumento publico, no se guarda, ni ha guardado menor circunspeccion, ò solemnidad. Tratase de ella en la *ley publicati* 3. *l. testamenta* 18. *l. consulta divalia* 23. *C. testam. l.* 1. *& toto tit. ff. testam. quemadmodum aperiantur, toto tit.* 2. *part.* 6. apud Paul. *lib.* 4. *sent. tit.* 6. y es digna de leerse la que pone el Monge Marculpho *lib.* 2. *formula* 37. que trasladara aqui, sino lo huvieran hecho Cuiacio antes de la edicion de Geronimo Bignonio *ad locum sententiarum Pauli nuper adductum*, & ex eo Dionisius Gothofredus *in d. l. consulta divalia*. Videndus etiã satis distinctè Iacobus Filius in comment. *ad l. testamenta* 4 *C. Theodos. de testam.* nec alios moror. Prondrè aqui la de la ley del Reyno, que es la primera del titulo citado. *En poridad, y con escritura seyendo fecho el testamento, pueden aquellos a quien es mandado algo en èl, demandar ante el Iuez, que le avràn, seyendo muerto el que fizo el testamento; pero el que esto demanda deue jurar primero, que lo non face maliciosamente, mas por cuydar, que en aquel testamento yaze alguna cosa, que le fue mandada a èl, ò a aquel por quien lo demanda.*

76 Para abrir el testamento requiere la ley dos cosas, que aya quien pida se abra, y que jure el interes que tiene en que se abra, y q̃ no pide se abra de malicia; porque intentar se propale, y descubra el secreto de agena voluntad (vt aliàs licet alio sẽsu loquitur Papin. *in l. captatorias* 70. *ff. de heredib. instituendis*) es agravio, o como dize el derecho injuria, ò injusticia contra el auctor della; porque no so-

solo ay obligacion de guardar el secreto que se encomiēda expressamente, y se recibe por tal, sino aquel que resulta de escrituras, y instrumentos, que por si le piden; y assi abrir, ò leer carta, ò testamēto cerrado, ò otros de este genero, es pecado contra justicia, y por su genero mortal, como enseñan Navarr. *in manuali cap.* 18. *num.* 53. Pater Molina *de iust. & iure tom* 5. *disput.* 36. Ilustriss. Archiep. Tapia 2. *tom. cathenæ moral. lib.* 5. *quæst.* 14. *art.* 8. & cum alijs, quos laudat Pater Sanchez 2. *tom. consil. moral. lib.* 6. *cap.* 6. *per totum maximè dub.* 3. alij apud Dian. 3. *part. tract.* 6. *resol.* 55. possuntque addi Martinez de Prado 2. *tom. Theolog. moralis cap.* 24. *quæst.* 6. *maximè, ex num.* 11. Serra *in* 2. 2. *D. Thom. quæst.* 70. *art.* 1. *dub.* 1.

77 No se pone fraude, ò duda en quien pidiò se abriesse el testamento de el año de 1642. porque fue el curador ad litem de el Marques de Mayrena D. Gaspar Felipez de Guzman, que pudo dezir, que era en èl interessado, y aun el principal interessado; abriòse con citacion del señor D. Luis de Haro, que era quien por entonces impugnaua las disposiciones testamentarias de el señor Conde-Duque, porque hasta entonces, viviendo el Marques de Mayrena, los demàs no auian salido: y se abriò ante vn Teniente de la Villa, como se dize en el *Mem. num.* 44. En lo q̃ se ha puesto, es en la traza con que este testamento se buscò, se insignuò a la señora Condesa, el pretexto con que se la insignuò, y la clausula que se la hizo insertar en el codicilo, para que se presentasse al Consejo, y los Señores dèl hiziessen la estimacion que fuesse justo. Lo primero, porque se descubriò, manifestandose la minuta, ò borrador, que no se deuiò manifestar, y q̃ se manifestò quebrando el secreto del instrumento que le trae consigo. Que se hallò abiecto, y despreciado; y que no se puso por diligencia la parte, y modo con q̃ se hallò. Que se insignuò a la señora Condesa, diziendola, q̃ era para mayor resguardo de el Marques de Mairena, nieto de su marido, y para oponerle al señor Don Luis, que fundaua todas sus esperanças en el abintestato de el señor Conde Duque, viendola tan de parte de el Marques de Mairena, como en sus testamentos tenia manifestado, y en todas sus conversaciones ordinarias daua a entender. Y en nada de esto se la tomaua en la boca, menos valor de el poder de Toro, ni menos capacidad de su marido quando le otorgò: con lo qual, y con virtud de vna clausula dolosa de su Excelencia, sonsacada con arte, y gran maña, si es que es suya: se plazea este testamento, y despues se publica. Esto es lo que se acusa, y lo que se reprehende en esta publicacion de testamento.

78 Y lo mas que ay que reprehender es la misma clausula, porque de su tenor, y de la parte donde està puesta, si fuesse licito, se podria maliciar mucho; pero entre

tan-

tanto que llegò a tratar de el codilo donde està, que serà en el §. siguiente; apuntarè aqui su inordinacion que proviene de su demasiada cautela. Esta puesta en el codicilo de 5. de Setiembre de 1647. despues de el qual se otorgaron otros dos. En la cabeça deste codicilo la señora Cōdesa declara q̃ tiene otorgado su testamēto cerrado en la Villa de Loeches a 25. de Setiembre de 1645. Y en el *num.* 265 que es la primera clausula, dize assi: *Primeramente quiero, y declaro, que sea tenida por mi voluntad, y disposicion todo lo que en el dichos mi testamento cerrado, y otorgado en Loeches, se contiene, excepto lo que aora en este codicilo dispusiere contrario a lo dispuesto en el dicho testamento.* En los siguiētes codicilos dize lo mismo, y en el vno muy indiuidualmente acerca de los llamamientos para la casa, y mayorazgos fundados, conformandose en ello con los hechos en el testamento de Loeches. Bolvamos a el codicilo, de que se trata. En la segunda clausula, dize, que se concuerden en quanto se pueda los dos testamentos que hizo, en virtud de el poder de Toro, como heredera, y como comissaria. En la tercera, que en quanto a los llamamientos, se estè a lo que dexare declarado en papel a parte, y que este no se abra hasta despues de los dias del Marques de Mairena Don Gaspar, y q̃ se guarde assi cerrado hasta esse tiempo, donde el Consejo Real de Castilla ordenare, con gran prudencia, y atenciō; porque abierto el testamento de Loeches de 645. en que estava preferida la Casa de Medina de las Torres, se descubriā muchos zelosos, q̃ podian embaraçar la sucessiō al Marques de Mairena niño de tierna edad, y no bastante a tanta oposicion; y quiso cō la suspension de los llamamientos dexar suspensas las esperanças de todos los que podian ser opositores. Cautela es conocida en derecho, *§. Sin autem, instit. de pupill. substit. l. si Pupillares* 8. *ff. testament. quemadmod. apperiant, l. vltim ff. à S.C. Trebell.* tradita a Paul. *lib.* 5. *sentent. tit.* 25. §. 5. Gaio *lib.* 2. *instit. tit.* 4. §. 3. Pero digna providencia de tan gran Matrona, en que tuuo que imitar a grandes sugetos, de que ay noticia en las Historias. Prosigue, y encarga la administracion del Estado de Mairena, y la persona del Marques a su Magestad. Y prosiguiendo sus disposiciones *desde el num.* 267. *hasta el num.* 288. todas en orden a que se cumpliesse lo dispuesto en sus testamentos. En el *num.* 289. entra la clausula ruidosa, sin venir à proposito, ni tiempo, y dize assi:

79 Iten declaro, *por descargo de mi conciencia*, que entre los papeles del Conde mi señor, *hallè* vn testamento cerrado, y otorgado el año de 1642. ante Francisco Suarez, Escriuano, que queda en poder del Conde de Graxal: y porque mi voluntad es, que se guarde, cumpla, y execute la voluntad del Conde mi señor en todo; y si huuiera tenido noticia del dicho testamento, no huviera hecho dispo-

posicion alguna contraria a èl, *por lo menos en cosa que pudiera ser en perjuyzio del dicho Marques de Mairena por estar tan cierta de la voluntad del dicho señor Conde mi marido; y que la tuvo de fauorecer al dicho Marques, y a sus sucessores en todo lo possible.* Por tanto, y para que se vea *si ha de valer este, ò el de Toro por las dudas legitimas que puede auer de el valor de el vltimo testamento.* Mando, que este testamento se entregue en el Consejo, cerrado, y en la forma que està, para que con su autoridad se abra, con la formalidad que fuere necessaria: *Y se estè a èl conforme en todo lo que a derecho pueda y deua valer, y mas bien le estuviere al dicho Marques de Mayrena*, y hasta el *num.* 300. prosigue el mismo tenor que començò, y en especial en el *n.* 294. pone esta clausula *Yreuoco y anulo, y doy por ninguno, y de ningun valor, y efecto, otro qualesquier testamento, ò testamentos, codicilo, ò codicilos que antes deste, y del di dicho mi testamento de suso referido, aya otorgado; que quiero que no valgan, ni hagan fee, en juyzio, ni fuera dèl; excepto el dicho mi testamento aqui mencionado, y este codicilo, que quiero que valgan por tales mi testamento, ò codicilo, vltima, y postrimera voluntad, ò por escritura publica, ò en aquella via, y forma que aya lugar de derecho, y lo firmè de mi nombre, &c.* En fin, mirando la firmeza de voluntad que mostrò su Excelencia cerca de su testamento, y todo el contexto de el codicilo, nadie avrà que no diga, que el paño, ò remiendo de la clausula, no es muy diferente tela, y vn despropósito que en nada dize con la voluntad que alli se manifiesta.

80 Confiesso, que quando leì todo el codicilo me dissonò tanto, que me diò sospecha de imaginar que se auia puesto sin que lo supiesse su Excelencia. Porque en las informaciones, que se hizieron por el señor Duque de Medina, se afirma, vna, y muchas vezes, que este codicilio està todo escrito de letra del Padre Ripalda: Y no se niega en las informaciones que se hizieron por el señor Marques, en esta Corte, ni en Granada. Con que a vn malicioso le seria facil de sospechar, que con pretexto de que se assentaua otra cosa se escriviò esta; y en juyzio no seria muy temerario a quien leyesse este memorial, que dezia el Padre Ripalda que tenia Theulogia para todo, como se dirà en su lugar. Pero sin alargar tanto el discurso como a esta malicia, se persuadirà facilcilmente qual fuesse la intencion del que premeditò la clausula, y la de su Excelencia, que la permitiò poner. Lo primero, que no fuesse poner duda, ni reducir a controversia el poder de Toro, y las disposiciones en la virtud fechas, se haze manifiesto; con que despues de la clausula, y en los siguientes codicilos, insiste siempre en que valga su testamento, hecho el año de 1645. y aquellos codicilos: y esto es incompossible, con dudar de el ualor del poder de Toro, de que la venia todo el caudal de que testaua. Lo segundo, porque

si tuviera escrupulo, de si valia, ò no, y sobre esso tuviera cargada la conciencia, para que auia de revalidar en dos codicilos despues la misma voluntad tan expressamente como lo hizo? Lo tercero, porque con lo que se dexò persuadir que se pusiesse la clausula, fue para assegurar mas el derecho, y llamamiento de el Marques de Mairena; en lo tocante al qual, y a su descendencia, quiso que siempre se estuviesse a lo que le fuesse mas fauorable por vna disposiciõ, ò por otra; no por otro algun fin; que es en lo que viene a concluir la clausula. Todo lo demàs fue arte del Archirecto principal, hazer que se pusiesse en la clausula para descargo de la conciencia, y por las dudas legitimas que puede auer en el poder de Toro, que bien sabia su Excelencia que en la substancia eran ningunas; y sabia tam bien, que quien en su vida las auia excitado era el señor Don Luis de Haro, contra quien auia ido a hablar a su Magestad el Padre Ripalda a Pamplona, como se ponderarà en su lugar. Por esta razon dize el Abogado, que en presencia, y por orden de el Padre Ripalda fabricò està clausula, que hizo tres minutas de ella; vna clara, en que expressamente devia de dezir, que el poder de Toro era nulo; pero esta le descontentò al Padre Ripalda, que no queria tanta claridad, pues si fuera con ella à su Excelencia, que tan firme estaua en lo contrario, no la admitiria, y aun le apartaria de si. Otra no tan clara, pero que lo deuia de significar bastantemente; que tampoco agradò por le misma razon. Otra, *suspensa, & quoquò ducas inclinatura*, como dize Tacito, que es la que pudo desalumbrar a su Excelencia, diziendola, que todo se hazia para mayor firmeza del derecho del Marques de Mayrena; por las dudas, no voluntarias, sino legales, que se pudiessen poner al poder de Toro, por el señor Don Luis, que era quien pretendia el abintestato, sin saber que persistiesse el testamento de 42. que si supiera de el, claro es, que el señor Don Luis no tenia para que poner duda en el poder de Toro, pues igualmente fuera excluido por vna voluntad, que por otra: Con que no es verisimil la deposicion de *num.* 794.

81 Dixo el Abogado, que dispuso esta clausula *num.* 800. *del Memor.* que auia llegado a su estudio vna mañana, y dichole el Padre Ripalda, que venia con gran pena, porque estaua muy mala la señora Condesa, y con grande escrupulo; porque le parecia, que el poder de Toro no era legitimo, por no estar en su entero juizio su marido, quando le otorgò: el Padre Ripalda, *examinado, num.* 718. apunta lo mismo, añadiendo, que le diò su Excelencia licencia, para que pudiesse hazer su declaracion. Que viene à ser vn mismo dicho, con el qual, y con las primeras palabras de la clausula, *por descargo de mi conciencia*, forman las informaciones vn grande escrupu lo,

lo, con que muriò la señora Condesa. de que el poder de Toro, y las disposiciones que hizo en su virtud, eran todas nulas. Y cierto, que estos escrupulos se compadecen mal con la asseveracion, y firmeza, con que persevera en su testamento, y manda se estè por lo dispuesto en èl, asi en este codicilo de que hablamos, como en los siguientes. Yo mas traslado que creo en la desposicion del Padre Ripalda, *Timeo Danaos, & dona ferentes.* Pero demos por vn rato, quanto credito se quiera à su dicho: que tiene que ver tratar de descargar la conciencia, con formar escrupulo? Conciencia escrupulosa es, *quidam morbus spiritualis animæ, circa operabilia, qui vulnerat vtramque potentiam intellectū scilicèt, & voluntatem.* El escrupuloso, mientras lo està, està leso de entendimiento, sin firmeza en la voluntad, timido en sus operaciones, y muchas vezes con ligera, ò ninguna causa, iuxta illud Psalmistæ. *Illic trepidauerunt timore, vbi non erat timor:* otras con ella, que es escrupulo justo, y formado, 1. *Regum*, *cap.* 25. cum dixit Abigail, ad David, *non sit tibi hoc in scrupulum cordis, &c.* Que communmente se llama tambien conciencia escrupulosa. Qua de re, ne immoremur, multa adducunt, qui de conscientia agunt apud Basæum *sub eodem verbo, num.* 6. Silvestrum, *verbo Scrupulus*, Illustrissimus Tapia 1. *tomo Cathenæ mor. lib.* 1. *q.* 8. *art.* 2 2. Al contrario, el que descarga su conciencia, depone toda duda, por lo menos practica, sin hazer estimacion de la especulatiua, obra con seguridad, y se aquieta. Duda practica se llama, quando no se ha hecho toda la diligencia, que se debe, para saber la verdad del hecho, y todas sus circunstancias; duda especulatiua es, quando sabida la verdad, queda duda segun derecho, y reglas de conciencia; si es hecho licito, ò no, por la variedad de sentencias, ò porque no se halla ninguna adequada para quitar la duda. El que depone pues la duda, y se pone en seguridad con lo que obra, esse descarga su conciencia: el escrupuloso ligeramente, no haziendo caso de sus escrupulos, como aconsejan Ludovicus Lopez 1. *part. instruct. conscientiæ*, *cap* 3. *vers. Ex quo sequitur*, Fray Manuel Rodriguez 2. *tom. summæ*, *cap.* 51. *num.* 3. Pater Sanchez *in præcepta Decalogi*, *lib.* 1. *cap.* 10. *ex num.* 79. Tapia *vbi proximè*, *art.* 24. & Sylueste1. *de verbo scrupulus.* El escrupuloso con fundamento, y que tiene razonable duda, que llamamos conciencia dubia, eligiendo la parte mas segura, si la duda es practica, ò manteniendose en su possession, si es especulatiua, como con gran numero de Autores, enseña el Padre Sanchez, *dicto lib* 1. *cap.* 9. & 10. & *de matrim. lib.* 2. *disput.* 4. i Tapia, *d. q* 8. *art.* 8. & *seqq.* Basæus *dicto verbo Conscientia, num.* 22.

82 Veamos pues, en que conciencia se puso, a lo que dize el Padre Ripalda, la señora Condesa, de el valor del poder de To-

Toro; si fue en conciencia puramente escrupolosa nacida de leue fundamento, por lo que susurrauan los desafectos à sus disposiciones, temiendo en lo que no auia que temer, obrando contra este escrupulo, y deponiendole quedaua segura. Si tenia fundamento debiò escoger la parte mas segura; porque la duda estaua en el hecho, y era practica, si estaua, ò no capaz de testar su marido quã do la diò el poder. Y el Cõfessor (y mas siendo tan docto, que de esso no se duda) bien sabria lo que a su Excelencia auia de aconsejar. Siguiò su consejo, y juzgò prudentemente que cumplia, remitiendo à la declaracion del Consejo Real las dudas legitimas, que huviesse sobre el poder; y con esta remission prosiguiò, perseverando en su voluntad, y disposiciones, descargando assi su conciencia, sin dezir nada, directè, aut indirectè contra el poder de Toro. Pues donde puede estar aqui el escrupulo? Donde el remordimiẽto de la conciencia, que tanto punça a la hora de la muerte? Quarto obiecit, dize Silvestro, *quia si esses in articulo mortis, non velles sic mori, sed dico, quod in illo articulo multa faceret homo, quæ non essent necessaria, nec expediret facere in tota vita; quia cogerent infatuari, aut desperare, dict. verbo Scrupulus, num.* 3. Si su Excelencia se huviera sobrecogido de escrupulo en vna cosa tan capital, como la que se dize, nunca descargara tan facilmente la conciencia.

83 Por otro lado echò este escrupulo el Abogado del señor Marques de Leganes, que depuso en la instancia de Tenuta, *numer. 794. del Memor.* Que en vna, ò dos ocasiones oyò dezir à la señora Condesa, como la avian dicho, q̃ el señor Don Luis tenia noticia del testamento cerrado, que el año de 42. avia otorgado el señor Cõde Duque, y que queria valerse de èl para impugnar el de Toro, y que holgaria mucho que tomasse aquella resolucion. Esto es lo que oyò. Lo que de su juizio pone, ò de su congetura, es, que lo dixo mostrando mucho gusto, de que por esta causa se estuviesse por el dicho testamento. No dize de que palabras, ò señas coligiò, que su Excelencia mostrasse el gusto que significa. Añade: Pero que despues que tuvo noticia de lo que dezia, le parece que seria por el escrupulo que tenia, de que no se podia aver dispuesto nada en virtud del dicho poder. No me detengo en la regla q̃ enseña, nihil probare testes non de veritate facti, sed de credulitate deponentes, que funda Farinac. *quæst.* 68. *ex num.* 62. Passo à la limitacion, que prueba en causas de dificultosa probança, que directamente no se pueden probar, ò no se perciben por alguno de los sentidos, y en las que por su naturaleza se contentan con probança presumptiva. Idem *ex num.* 110 Mascard. *conclus.* 1363. Conradus *in practic. tit. de testib. rub. de credulitat. num.* 40. *Fallentia* 3. *& alij innumeri*, que dizen, en que forma han de concluir la credulidad; lo pri-

primero han de dar razon concluyente de ella connexa con el acto que congeturan, no remota, ò separada. Veamos de que razon congetura el escrupulo de su Excelencia, junta dos cabos; que tuuo noticia, que dezia que holgaria que se quisiesse aprouechar el señor Don Luis del testamento del año de 1642. para impugnar el poder de Toro, que pudo passar en realidad de verdad; y otra imaginaria: que mostrava mucho gusto que se estuviesse por aquel testamento; y de aqui concluye, que estaua con escrupulo por el defecto del poder de Toro. Si es que gustava de que el señor Don Luis fundasse en el testamento de 42. seria porque muy verosimilmente presumia, que en aquella disposicion tambien llevaua la primera parte el Marques de Mairena, contra el señor Don Luis: que para fundar mas esta intencion, descubriò el Secretario Carnero este testamento, y para esto mandò la señora Cōdesa, se guardasse, y manifestasse a su tiempo, y no para otro efecto. Y assi es muy distante razon para la credulidad de que el testigo depone, la que dà del gusto de la señora Condesa; pues el verdadero, y legitimo motiuo consta de la declaracion. Añade otras palabras el testigo, que no carecen de sospecha: *Que entonces no supo, porquè mostraua aquel gusto, por no tener noticia de lo que contenia el dicho testamento.* Ello assi avia de ser, porq̄ alcançar noticia de lo que contiene vn testamento cerrado, antes que se abra judicialmente, es contra derecho, y injurioso al testador, y a todos los interessados. Lo que yo asseguro es, que la señora Condesa no supo su contenido, ni le viò mas que cerrado, y como le entregò al Conde Grajal. Pero no asseguraré tan facilmente, que aquella minuta, ò borrador, que el Secretario Antonio Carnero embiò al Padre Ripalda, para que buscasse el testamento, no passasse à manos de vn Abogado de tanta confidencia suya, y que despues lo fue del señor Marques de Leganes. Lo cierto es, que se disculpa de vn acto, de que ninguno se disculpàra, ò dize lo q̄ à ninguno sele ofreciera; porquè a quiē se le avia de ofrecer dezir, que no sabia lo que contenia vn testamento cerrado? Parece escusa no pedida.

84 Hemos desvanecido el escrupulo que imputaron a su Excelencia los dos testigos, el Padre Ripalda assertivamente, y el Abogado congeturalmente, aun quando esta fuera suficiente probança. Y restanos otro escrupulo a nosotros, que no debemos disimular. Para què se puso vna clausula tan premeditada como esta? Què se hizo con tanto artificio, borrando primero dos minutas? *& de quocunque verbulo in consilium eundo,* vt alias loquitur Seneca. Pues en lo que viene a parar es, en que se remita el testamento cerrado, como estaua al Consejo, por las dudas legitimas que sobre el valor del vltimo testamento puede auer. Y esto no es nada, porque la clausula *pro-*

ut de iure ineſt omnibus diſpoſitionibus, reſcriptis, actibus, ni dà, ni quita, ni altera la naturaleza; notatur *in cap. Nonnulli, de reſcript. & in Clem. 1. de re iudic.* & adducit multa Barboſ. *de clauſul. vſufreq. clauſ.* 115. Y aſsi no ſirviendo mas, que para que el Conſejo determinaſſe en juſticia lo q̃ lo fueſſe, nada hizieron con tanta conſulta dos Varones tã doctos, como ſon los que la formaron, y premeditarõ. Reſpondo, que hizieron mucho, y muy artificioſo, aviendo alcançado noticia de lo que contenia el teſtamento del año de 1642. Lo primero, apacentar con eſperanças a la ſeñora Condeſa, que conſervado el teſtamento de 42. ſe dava preciſa excluſion al ſeñor Don Luis; para lo qual le conſervò, mirãdo por el Marques de Mairena, como dize en ſu clauſula, que eſte fue el cebo con que la atraxeron; y aſsi cõſiguieron, que no ſe borraſſe, ò rõpieſſe vn teſtamento como eſte, olvidado, deſpreciado, y revocado. Lo ſegundo, que entendiendo que el ſeñor Marques de Leganes tenia en el primer llamamiento, que el ſeñor Duque de Medina, hizieron inſtrumento de ſu publicacion, y apertura a la ſeñora Condeſa, para conciliarle alguna mas autoridad, que ſi el ſeñor Marques pidiera la publicacion, dandoſe por entendido de ſu llamamiento, que no era facil ſin deſcubrir el ſecreto, no ſiendo de la primer linea de tranſverſales. En fin, con eſta arte le placearon, y dieron el primer fundamento a eſtos pleytos.

85 Yà tenemos pueſto en el Conſejo el teſtamẽto cerrado del año de 1642. y abierto de orden de los Señores, y introducido el juizio de tenuta, por tres litigantes; los dos, que fundan en èl; y el vno; que funda en el poder de Toro. Los Abogados del ſeñor Marques de Leganès, vno de los quales es el que depuſo como teſtigo congetural del eſcrupulo de la ſeñora Condeſa, dixeron bien, que de la reſolucion de la tenuta, auia de reſultar el cataſtrophe, ò fin de eſta accion; porque ſi el Conſejo la dieſſe al ſeñor Duque (coſa que no podian eſperar) ſeria declarar que ſe auia de eſtar al teſtamento, otorgado en virtud del poder de Toro, año de 45. aſsi razonauan, quando no ſabian lo que el Conſejo auia de reſolver *en la ſegunda informacion de Madrid, num.* 634. Con que no es dudable que deſfallecerian todas ſus eſperanças, y connatos; quando vieſſen, que ſin embargo de ſus artificios, y de auer ſacado a la Plaza, con tal arte vn teſtamenso, yà inepto, reuocado, y publicado a perſuaſiones ſophiſticas, y con cautela; el Conſejo diò la tenuta contra èl, pronunciando, provt de iure, tacita, y virtualmente, que no era de eſtimacion. Que es lo que pedia, y con lo que deſcargaua ſu conciencia la ſeñora Condeſa, yà que ſe ſatisfizo con la remiſsion, calificando mas, y mas el poder de Toro, con lo que penſaron cavilarle. Riminaldus Senior *lib. 3. conſil. 596. num.* 11. Aymon Craueta *vol. 1. conſil.* 29.

29.*numer* 2. & *cons*.48.*numer*.7. & *cons*.157:*num*.6. Y de aqui adelante dirèmos deste testamento, que por inepto en el tiempo de la muerte, y olvidado, ò despreciado, no se deviò publicar: despues de publicado, que es desestimado por el Consejo. En tal instrumento, como este, funda la Casa del señor Marques de Leganès su pretension.

Punto Tercero del §. Quarto.

Que no tiene llamamiento presente, ò puro, sino suspendido por el testamento de 42. el señor Marques de Leganès.

86 De mucho sirve lo que se dixo en el primer punto de este §. para lo que se ha de dezir aqui; porque de aquel contenido se ha de sacar la mente de el testador, para este; aunque su disposicion es tan clara, que la letra basta para persuadirla. A quien instituyò por heredero el señor Conde Duque en el testamento de que hablamos, fue a su Casa de San Lucar, y mayorazgo que de ella funda, *Mem. num.* 131. con amplissima forma de agregacion de todos sus bienes, y procedido de ellos. Y assi la primera atencion, y intencion del testador se ha de regular por este afecto, que sea lo primero el augmento, y conservacion de la casa; porque esso dà a entender la institucion; el mas pleno honor, y la mas afectuosa voluntad, que puede mostrar el que testa, significando en ella, *l*. 3. §. *hoc autem* 2. *l*. *filium* 5. §. *sed*, & *si portio* 6. *de legat. præstand*. Menoch. *lib*. 4. *præsumpt*. 106. *ex num*. 28. Brisson *lib*. 4. *selectar. cap*. 19. a quo Gothofr. *in d*. §. *Hoc autem*, Donell, *lib*. 7. *comment. cap*. 4. Cuiac. *lib*. 18. *observat cap*. 4. Ant. Fab. *de error. pragmatic. decad*. 10. *error*. 6. Dixi, & ipse *lib*. 8. *Opuscul. cap*. 20. Porque no es comun instituir por heredero al mayorazgo, sino al instituido, ponerle el vinculo, & carga de mayorazgo, con grados, y substituciones, que es lo que cada dia vemos; y assi esta singularidad no carece de misterio, que es el afecto que he dicho que tuvo a la grandeza, y creces de su Casa.

87 Infierese de aqui, que prefiriò la Casa a los sucessores, aunque fuessen hijos, y descendientes, hasta que llegasse a la renta, con que deseò dexarla dotada; concediendoles muy cortos alimentos, y lo honorifico, mientras no se cumpliessen cien mil ducados de renta, libres, y en buenas fincas, que mandò fundar; y no solo la Casa le llevò la primera atencion, sino sus mandas pias, y publicas; y assi hallarèmos, que despues de fundados los ciento y cinquenta mil ducados de renta, para el mayorazgo, y obras pias, previene que del tiempo que estuviere vacante, y sin actual posseedor este mayorazgo, se funden otros cien mil ducados de renta para poblar las Algeciras, y para formar vna Esquadra de Galeones, y Zabras, que guarden el Estrecho de

de Gibraltar, y para otros efectos, que alli especifica, que es preciso, que huviesse de ser mucho, y muy largo, para que produxesse tanta renta. Y aqui se ha de cargar la cõsideracion atentamente, sin andar buscãdo epiqueyas, ni conmodas interpretaciones, sino es la del Fundador, sea singular, ò no lo sea; tenga, ò no tenga simil; porque, *Velle suum cuique est, nec voto viuitur vno*, dixo Iuvenal, y Brisonio *lib. 5. de formulis*, poniendo a la letra varias clausulas de testamentos, y epitaphios sepulchrales, nos dexò notado, que en ninguna cosa reluce tanto la variedad de las inclinaciones de los hombres, como en sus vltimas disposiciones. Y en lo comũn notò lo mismo biẽ discretamente, sin omitir las de los validos de los Principes, Ioan. Barclayo *in Icone animorum*, quæ est 4. Satyrici pars, *cap. 12. cum seqq.*

88 Premeditò estas vacantes en toda su fundacion; *En el num.* 71. con ocasion del govierno de la Libreria, que vincula, dize asi: *Y todo el tiempo que faltare successor de la Casa de San Lucar, por no auer llegado, ni sucedido los casos, q̃ yo dispongo en su fundacion, esta entrega se harà al Prior que fuere del Conuento de Sã Geronimo, que yo mando fundar.* Notese, que mientras no llegaren los casos, que dispone en la fundaciõ, vaca totalmente el mayorazgo. Quando trata de nombrar Administradores para el Monte de piedad de San Lucar, atento a la misma preuencion dize asi. *El superior del dicho Conuento de San Geronimo, y el señor de la Casa (si le huuiere) han de nombrar el Administrador del dicho Monte.* Reparese en la reflexion, *si le huviere*: porque reconocia, que muchos años podia estar la Casa sin èl, *num.* 87. Y quando dexa el nombramiento de los encòmenderos, *n.* 98. *versic. Y el tiempo*, dize: *Y el tiempo, y en los casos que no huviere successor en mi Casa de San Lucar, los quatro Protectores han de hazer la proposicion.* Repetirè lo dicho, por no dexar de poner las palabras *del num.* 99. son estas. *Y porque conforme a la disposiciõ de mi testamento puede ser, que los cien mil ducados de renta, que dexo à los señores de mi Casa de San Lucar, esten vacos por mucho tiempo, &c.* Aqui es donde manda poblar las Algeciras, y lo que se sigue. *Y en el num.* 124. nombra al suceissor en su Casa para la funcion de la Copa de oro; y añade, que le hizo su Magestad esta merced con facultad, que el tiẽpo que faltare sucessor, y en todos los casos de vacantes pudiesse nombrar persona; y nombra en esse caso el primero à Ramiro Felipez de Guzman, Duque de Medina de las Torres, y à los demàs, que sucedieren en su Estado: En segundo la Casa dèl Carpio: En tercero la de Leganès, &c. De forma, que solo dà prouidencia a esta funcion personal, no a la possession, goze, y exercicio de las Dignidades, y oficios. Y en esta funcion a todos es preferido el Duque.

89 Dizesse, que seria absurdo

tener suspensa la sucessiõ muchos tiempos, y que en los de las vacantes, que despues se manifestaràn estuviesse esta Casa sin dueño en poder de Administradores, y protectores sin quien conservasse la ilustre memoria de tan gran fundador en las preeminencias de la Casa, y exercicio de oficios, y que assi se ha de euitar este absurdo entendimiento, reduciendo la fundacion à buenos terminos, *l. nam absurdum 7. ff. de bonis libert.* Y a la verdad este discurso mejor era para darsele por consejo al señor Conde Duque quando tratava de hazer esta disposicion: Pero despues de hecha, no cabe en forma de interpretacion, que no se deue apartar de las palabras, *l. non aliter 69. de leg. 3. l. filio 15. §. vltim. ff. de aliment. & cibar. legatis*, y en las leyes lo prueba, *l. non omnium 20. ff. de legib. l prospexit 12. ff. qui, & a quib. manumissi.* Que de tal suerte ha de mirar por la mente, y intencion, que no abandone el tenor de lo escrito, que descubre verdaderamente el intento del que lo escriuiò. Plinio el Segundo, *lib. 2. Epistol. 10. ad Annian. & lib. 4 Epistol, 10. ad Sabinum.* Se preciò de ser muy puntual observante de las vltimas voluntades. En los fideicommissos perpetuos, se atiende à los llamamiẽtos precisamente, *l. omnia 32. §. In fideicommisso, delegat. 2.* En los feudos, a lo que reza la embestidura, *cap. si cui §. Denique de extraordinar. capitulis Conradi in vsibus fœudor.* en nuestros mayorazgos disponen lo mismo la *l. 40. y 45. de Toro.* En fin la letra, y el tenor de la escritura es la primer regla de la voluntad, sin indagar; porque lo mandaria, ni captar la disposicion, porque su razon se ignore: *Sic volo, sic iubeo; sit pro ratione voluntas*, vt dicebat Iurenalis. De otra suerte cada Iuez pusiera su voluntad en lugar de la voluntad del fundador. Ita docent cum plurimis, quibus abstineo, Tiraquellus *in l. si vnquam verbo libertis, à num. 9. Cod. de revocand. donat.* Simon de Prætis *de interpratat. vltim. volunt lib. 3. solut. 4. num. 2.* Burgos de Paz *cons. 29. num. 46. & cons. 34. num. 14. & 21.* D. Molin. *lib. 1. cap. 2. num. vltim.* D. Paz *de tenuta cap. 30. per totum* Hugo Grotius, *lib. 2. de iure belli, & pacis, cap. 6. à principio.* Henricus Rosental. *de fœudis cap. 2. quæst. 6. litt.* B. D. Valenç. 1. *tom. cons 23. n. 15. & 34. & cons 69, à princ. & cons. 97. num. 134. 191. & seqq. & 2. tom. cons. 185. num. 1.* Et inter consilia vulteij, siuè Marpurgensis Academiæ Philipus Matheus 1. *tom. cons. 20. ex num. 4.* Vulteius *eod. tom. cons. 23. num. 1.* Regnerus Sixtinus, *vol. 2, cons. 18. ex n. 21.* Aliosque, ad manum habebit, quisquis his delicijs capiatur.

90 Y assi no vamos por cõgeturas, a otras consideraciones, quando hallamos la inteligencia en el mismo testamento, *l. Nummis 75. de legat. 3.* ibi: *Neque ex contextu testamenti possit apparere l. Mævia 44. de manumiss. testam.* ibi: *Neque contextum verborum totius scripturæ, neque mentem testatricis eam esse, l. qui filiabus 17. de legat. 1.* vbi est Cla

ficis sedes materiæ, ibi: *Si in aliqua parte testamenti mentionem posthuma fecit.* De lo precedente; y subsiguiente de la escritura, *l. Servus plurium 50. §. vltim. ff. eod. tit.* vbi etiã communiter notatur, *l. hæredes palam 21. §. 1. in fin. qui testament. facere possunt*, donde despues del tenor de lo escrito, se añaden otras reglas, ibi: *Vel ex vicinis scripturis, vel ex consuetudine patris fam. vel regionis.* O por lo que se pone al fin de la disposicion, *l. quamvis 15. C. de fideicommiss.* ibi: *In inferiora parte testamenti.* Que son las reglas de interpretar, que observan nuestros Autores. Videndi Mantica *de coniect. vltim. volunt. lib. 2. tit. 16. num. 19. & lib. 6. tit. 13. n. 15. Cuiacius magno cum iudicio consultatione 51. in appendice.* Barbos. *tomo 1. voto 70. num. 28. & seqq.* que acaba assi: *Et non dicitur propria declaratio, quando vocabuli significatio est certa Paulus de Castro cons. 340. lib. 1. Franciscus Beccius cons. 3. num. 44. lib. 1. Surdus cons. 426. n. 44. lib. 3.*

91 Y en la disposicion que despues se manifestarà, no sè que absurdo se pueda considerar, para reducirla a commoda interpretacion? Porque no es impossible, aũque puede contener largas suspensiones, ni es contra buenas costumbres, ni contra derecho. La *l. Nam absurdum 7.* citada, juntandola con el *§. vltim. de la l. Ex modica 6.* de q̃ viene pendiente; lo que dize, q̃ es absurdo, el impugnar por vna parte, y por otra aprobar vn mismo testamento, cõ que estarà el absurdo de parte de quien loa, y aprueba este testamento del año de 1642. en quanto llama al señor Marques de Leganes, y no quiere admitirle, en quanto a los llamamientos que le preceden. Absurda fue la disposicion de la *l. Quidam in suo 27. ff. de condit. instit.* de que algunas vezes se valen los Abogados del señor Marques; porque instituyò el Testador heredero debaxo de condicion, si arrojasse al mar sus reliquias, su cadaver, sus cenizas; no lo hizo el heredero, *sed memor humanæ conditionis sepulturæ corpus tradidit*, dixo Modestino, que antes avia de ser alabado que acusado por lo que hizo. Pero añade, que antes que se llegue a esta inspeccion se ha de averiguar, si estava en su juizio, y capaz para testar, hombre que tal condicion puso; y que hasta que con muy claros argumentos, y razones se pruebe la capazidad, no se ha de tratar del valor del testamento. Dos conclusiones se sacan desta doctrina. La primera es, que toda disposicion absurda se vicia, vt notant Glossa & Glossographi *in d. l. Nam absurdum 7. ff. de bonis libert.* Communes Collectarij. Everardus *loco ab absurdo pag. mihi 182.* Barbos. *in locis argumentandi loco 2. & axiomat. 2.* Thuscus *litt. A. conclus. 66.* D. Covarr. *lib. 3. variar. cap. 3. num. 9.* Navarr. *in Manuali, cap. 27. num. 51. & 52.* Illustriss. Tapia *1. tom. Cathena moral. lib. 4. quæst. 17. artic. 3. nu. 4.* Donell. *lib. 1. Comment. cap. 15.* Hugo Grotius *lib. 2. de iur. belli, cap. 16. §. 6.* La segunda, que el testamento hecho imprudentemente tiene

sos-

sospecha de falso, dista poco del insano, Roderic. Suar. *allegat*. 1. *num*. 10. Matheo de Afflict. *decis*. 143. *nu*. 4. Iacobus Mandellus de Alva *cons*. 414. *num*. 36. *&* 37. Ioan, Francisc. de Ponte *lib*. 2, *consil*. 149. *num*. 11. Alexand. Raudens. *decis*. *Pisana* 45. *num*. 37. *&* *seqq*. citados por los Abogados del señor Marques, aunque no contra este testamento. Vean, pues, aora, si es absurdo el auer dilatado tento su sucession el señor Conde Duque, como se dirà? Si el testamento de que hablamos, respecto de la demasiada magnificencia que en èl se demuestra, y cortos efectos para conseguirla, tiene imprudencia? Y pues no les falta conocimiento de las verdaderas doctrinas, ajustenlas donde vienen, no las arrojen, donde no vienen. Pues es cierto, q̃ son violentas para el poder de Toro.

92 Lleguemos ya à hazer juizio por menor de los llamamientos que el señor Conde Duque hizo en este testamento, para su Casa, y Estados de San-Lucar. Desde el *num*. 133. hasta el *num*. 144. llama descendientes legitimos, naturales, è ilegitimos, con las calidades que expressa, en que no me detendrè, porq̃ la sucession no anda en este orden, y todo èl espirò cõ la muerte del segundo Marques de Mairena Don Gaspar Felipez de Guzman. En el *num*. 145. vsando de la facultad que se reservò en la fundacion del Estado, y Mayorazgo de Medina de las Torres, manda que para que se junte con el de San-Lucar, y el de San-Lucar con èl, si vno, ò otro cayere en hembra, se aya de casar con el posseedor inmediato, ò indubitable successor del otro Estado. Tampoco estamos en este caso. Desde el *numero* 147. llama transversales, y comiença assi: Faltando todos mis descendientes legitimos, y la descendencia de los naturales, y bastardos que yo llamo, y dexarè reconocidos; porque mi intencion es, que la Casa de mis padres, que es la de Olivares, se junte con la mia de San-Lucar, y con la de Medina de las Torres, y Toral: Ordeno, y mando, que la *hembra*, descendiente de Don Luis de Haro mi sobrino, *hija* de Doña Francisca de Guzman, Marquesa del Carpio mi hermana, à quien inmediata, è indubitablemente huviere de venir, ò posseyere la Casa de Olivares, case con el Duque que fuere de Medina de las Torres, y de Toral, ò con el inmediato, ò indubitable sucessor de las dichas Casas. Y efectuando el dicho matrimonio, sucedan en mi Casa, y de San-Lucar ellos, y sus descendientes varones, y hembras, prefiriendo el mayor al menor, y el varon a la hembra; juntandose las dichas quatro Casas de San-Lucar, Olivares, Toral, y Medina de las Torres, sin que se puedan dividir en ninguno de los sucessores. Hasta aqui la clausula con otros llamamientos, que no hazen al caso.

93 Pone despues el caso de no cumplir la condicion la hija mayor de su sobrino, y excluyela. Y en el *num*. 149. dize assi: *Y sucediendo*

est

este caso, antes de estar comprada toda la renta que ha de tener mi Casa de, San-Lucar, conforme à mi disposicion se continuen los empleos, y reempleos, convirtiendose en ellos los quatro mil ducados de renta que auia de gozar la hija de mi sobrino, y se espere a que la Casa de Oliuares entre otra vez en hembra descendiente del dicho mi sobrino. Y aqui buelve a repetir la cōdicion de casarse. Pone en el *num.* 150. el otro caso, que estèn comprados los cien mil ducados de rēta; y que la descendiente del señor D. Luis de Haro no se case con los Guzmanes, que auia llamado, y entonces llama a la descendiente del señor Marques de Leganès D. Diego Mesia, que se llamò Don Diego Felipez de Guzman, con la misma condicion de casarse con los descendiētes de la Casa de Toral, y en su defecto de la de Villa Manrique. Y despues las demàs descendientes de sus hermanas, siempre con la misma condicion. Acabados estos llamamientos, sucede en el *numer.* 152. el de el señor Marques de Leganès, no por su cabeça, sino por la de sus descendientes, con estas palabras: *Y faltando las hembras, descendientes de mis hermanas, llamo a los descendientes varones, y hembras de Don Diego Mesia, oy Don Diego Felipez de Guzman, mi primo, Marques de Leganès, aunque no suceda en la Casa de Olivares. Y a falta de ellos llamo a los descendientes de Ramiro Felipez de Guzman, Duque de Medina de las Torres que oy es: Y en falta de ellos a los de la Casa de Monte-Rey; y no los auiendo a los descēdientes del dicho D. Melchor de Guzman, Marques de Villa Manrique.* Las demàs condiciones miran a juntar las Casas, y al lustre dellas, y no son de la inspeccion presente.

94 El estado, ò aspecto que tenia la forma de sucesion, y familia, quando muriò el señor Conde Duque, era que viuia el primer Marques de Mairena, Don Enrique. A quien se le auia de deferir la sucesion, si valiesse este testamento, reservado el vsufruto a la señora Condesa. Y en caso que se quiera dezir, que la fundacion del mayorazgo fue para despues de los dias de dicha señora. Quando su Excelencia muriò, viuia el segundo Marques de Mairena Don Gaspar, a quien necessariamente se le defiriera. Muriò el Marques de Mairena, año de 1648. y por su muerte vacara precisamēte el mayorazgo. Tenia el señor Don Luis de Haro, hijas; pero no inmediatas, ni indubitables sucessoras de la Casa de Olivares, por tener dos hijos varones que oy viven. Viuia tambien el señor Marques de Leganès Don Diego, teniendo descendiēte, que es el que entonces era Marques de Morata. La question de la letra es, si se auia de aguardar a que de las hermanas huviesse hembra indubitable sucessora de las Casas, que pudiesse casar con varon Guzman de los nombrados, corriendo entretanto el mayorazgo en administracion, empleos, y reempleos; ò al punto, instantaneamente se passò al ter-

cer orden de colaterales, que començò en el primo, dexando postergadas, y exclusas las descendencias de las hermanas, que aunque llamadas con la calidad de indubitables sucessoras, tenian primer suerte de llamamiento que los otros colaterales?

95 Quien tiene el llamamiento es la hembra, descendiente del señor Don Luis de Haro, assi lo dize la clausula, añade: *Hija de Doña Francisca de Guzman mi hermana.* Bien pienso que es error de la Imprenta, y que ha de dezir assi: *La hembra descendiente de Don Luis de Haro mi sobrino, hijo de Doña Francisca de Guzman mi hermana.* Pero aunque las palabras se tomen apositivè, que a la descendiente de el señor Don Luis la llamasse hija de su hermana, no es locucion impropria; porque si bien los hijos no suelen significar descẽdientes, *l. quid si nepotes 6. ff. de testam. tutela*, con todo esso los significan, quando la prudente interpretacion lo pide, como notan en la misma ley las Glossas, y en especial la de Gothofr. y es de todos los Clasicos, videndi Menoch. 3. *tom. cons.* 215. *ex num.* 12. Dom. Molin. *lib.* 1. *cap.* 6. *ex num.* 27. & copiose Barbosa *de appellat. verbor. significat. verbo Filius, num.* 82. *cum seqq.* Cuiacius *in l.* 2. *de excusat. tutor.* donde con gran juizio retiene la leccion comun, y recibida de la *l. filij appellatione* 84. *ff. de verbor. significat.* ibi: *Filij appellatione omnes liberos intelligimus*, que segun la sugeta materia se llama justa interpretacion *in l. iusta* 201. *de verb. sign.*

96 La calidad con que le tiene es, siendo indubitable sucessora de la Casa de Olivares: luego no lo siendo, no es llamada? porque a quien no convienen las palabras, no conviene la disposicion, *l. dies cautionis* 4. §. *toties ff. de damno infecto*, vt habet vulgare iuris axioma apud Barbosam *axomat.* 122. *num.* 33. & alios eiusdẽ instituti Scriptores, que en llamamientos para mayorazgos, y otros semejantes, como Anniversarios, y Capellanias, es tan preciso, que es lo mismo no tener la calidad requisita en la fundacion, que no estar llamado, como dixo Cassanate *cons.* 44. *num.* 30. Que es lo que se llama linea de qualidad, que en faltando esta, falta, y se interrumpe. Dom. Perez de Lara *de vita hominis cap.* 30. passim Dom. Larrea *decis.* 34. *per totam maximè num.* 68. & 69. & *decis.* 54. *num.* 20. Dom. Castillo 5. *tom. cap.* 92. *numer.* 33. Addentes *ad lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 19. nuper, & ex professo Don Hermenegildus de Roxas *de incompatibil. Regnor. & Maiorat.* 1. *part. cap.* 6. §. 20. & 21. *ex num.* 299. En que vnos, y otros devemos convenir, y consentir. Vendrà, pues, a estar la dificultad, supuesto que a la vacante de estos Estados por muerte del segundo Marques de Mayrena Don Gaspar, no auia hembra indubitable sucessora de la Casa de Olivares, primero llamada, ni la auia de las demàs Casas de sus hermanas de el señor Conde Duque; hizo luego transito a el orden de colaterales, llamados simplici-

ter, & absolutè. O si se ha de aguardar que aya hembra entre las llamadas con la dicha calidad?

97 En la clausula en que la llama, no dize expressamente, que si no tuviere la dicha calidad de indubitable sucessora al tiempo que falten los descendientes, la hembra que huviere; se aguarde à que la tenga, ò a que suceda el caso de que la aya; pero en el caso de la contravencion a la condicion, y de no se casar con varon de los Guzmanes, que llama, distingue claramente; diziendo, q̃ si no estuviere fũdada toda la rẽta, se aguarde à otro caso, en q̃ la Casa de Olivares cayga en hembra, ò sea indubitable sucessora, que la pueda cũplir, que es nuestro caso; pues mucho antes, que se pudiessen auer fundado los cien mil ducados de renta faltò la linea, y orden de descendientes, y si lo estuuiere, que no se aguarde, sino que passe el llamamiento à hembra posseedora, ò indubitable sucessora de la Casa de Leganès. No nos deuemos quedar en vna clausula sola para comprehender el sentido de la fundacion, sino juntar vnas con otras, quando miran à vn mismo fin; y lo contrario haziendo incurririamos en la reprehension del Glorioso Doctor San Agustin, *contra Adamantium, cap.* 4. que dize: *Particulas quasdam de scripturis eligunt, quibus decipiant imperitos, non connectentes quæ supra, & infra scripta sunt, ex quibus voluntas, & intentio scriptoris possit intelligi*. No repito aqui los textos que puse *en el num.* 90. que comprueban esta regla de recta interpretacion, notando aqui que es comun, y tratado comunmente por los Clasicos *in l. Gallus, §. Ille casus, ff. de liber. & posthum.* Nicolas Euerard. *in locis legalib. loco à cõiunctione* Ioachimus Operus *de vera Iurisprud. lib. 4. tit. 15. cum seqq.* Donell. *lib. 1. Comment. cap.* Hugo Grotius, *lib. 2. de iure belli, & pacis. cap. 16. §. 7.* Illustrissimus Tapia 1. *tomo, Cathena Moralis, lib. 4. q. 17. artic. 2. num.* 3. latissimè Cardin. Mantica, *de coniect. lib. 6. tit. 13. per totum.*

98 Saquemos pues el sentido para la clausula del llamamiẽto de la clausula de la exclusion; supuesto que en nuestro derecho *contrariorum eadem est ratio, & disciplina princ. inst. de lege Fusia* Quando se escluye la hembra posseedora, ò indubitable sucessora, por no se querer casar con vno de los Guzmanes señalados, dura el orden de las hembras transversales en esperança; y se suspende el orden de los demàs transversales llamados en vltimo lugar; y se hazen los empleos, y reempleos, de que se espera que podràn resultar los otros cien mil ducados de renta, para poblar las Algeciras, y formar la esquadra de Galeones, y Zabras para la defensa de el Estrecho, y otras necessidades, y cõueniencias publicas, dandole toda esta intermission à la Casa de Leganès, y demàs llamadas en vltimo grado, pensada, y premeditada muchas vezes en este testamento, como se apuntò, *supra num.* 88. Luego lo mis-

mismo se ha de entẽder en la clausula del llamamiento, esto es, que llamò la descendiente del señor Don Luis, quando fuesse indubitable sucessora, confiriendo el llamamiento in tempus, quo talis esset, quo capere posset, *l. in tempus 62. ff. de hæredib. instituendis*. Suspendiendole, para quando sobreviuiesse la calidad requisita à las nacidas, ò a las por nacer; no rompiendo sus esperanças, si faltaua el caso al tiempo de la vacante. Liceat hic vsurpare verba Pauli, *in l. si quis posthumos 9. §. Si filium, de lib. & posthum. Quod moriente avo filij ius peperident, non abscisum, vt in superiori casu, sit.*

99 Esta voz de suspension se quiere estrañar por dos motivos: El primero es, que aunque los contratos, y actos entre vivos admiten suspension; dizese que los actos de vltima voluntad, ò testamẽtos no la admiten, ne dominia rerum mortuo domino eodemque testatore in suspenso sint, *l. vltim. ff. communia prædior*. El segundo, porque esto corre mas llano en los mayorazgos de España, que no saben estar parados vn instante, sino que passan al siguiente en grado por ministerio *de la l. 45. de Toro* Luego al punto, que muere el posseedor, y que por esso la calidad requisita se mira al tiempo de la vacante en ellos, sin aguardar mas dilacion. Si estas oposiciones fuerã ciertas, probaran mucho; pues probaran, que el señor Conde Duque no pudo suspender la sucession, aunque quisiesse; porque la voluntad contra la substancia de el acto, no le inmuta, antes cede al mismo acto, *l. vbi ita donatur 27. ff. de mort. causa donat. l. cum precario 12. ff. de precario*. Qua de re dixi *in tract. de donat. cap. 8. num. 16*. Y hasta aora no se ha puesto duda en la potestad, sino en la voluntad; si està expresso, que quiso inducir la suspension, ò sino quiso?

100 Pero de ningun modo se manifestarà mejor el intento que lleuamos (aun en la question de voluntad) que explicando estos fundamentos, que en contrario se ponderan. *La l. vltim ff. communia prædior*. En su proprio, y legitimo sentido es tan diferente, que en nada se parece a la materia de que se trata. Contiene vna questiõ en que los Consultos se apartaron de la razon estrecha de derecho, y siguieron benigna interpretacion por el mejor expediente, y conueniencia de los negocios: esso quiere dezir, *receptum est*, que es la primer palabra del texto. Suponiendo, q̃ pro parte servitus promitti, aut constitui non potest, cum sit indiuidua, *l. pro parte 11. ff. de servitut*. Dize, que si por muchos señores de vn mismo predio serviente se và constituyendo en diuersos tiẽpos, vale, suspendiendose la primera cession hasta que se haga la postrera, regla que tambien se pone, *in l. per fundũ 11. ff. de servitut. rustic. prædior. & in l. 10. tit. 31. part. 3*. Estiendese esta regla, aunque las promesas, cessiones, y constituciones, sean en actos de diuersa especie. v. g. Vn dueño cediò inter viuos, por

por donacion, ò contrato; y otro mandò la servidumbre en testamẽto; porque, aũque ceda el dia de la servidumbre real à morte testatoris (esta opinion lleuè en Salamanca,) esta cesion se retrotrae al tiempo de la primera; cõque se haze eficaz. Passa luego à vn tercer caso, que es quando cada vno de los dueños, ò compañeros, de por si haze testamento, y lega la servidumbre al dueño del predio dominante; y dize, que no puede valer; aqui dà la razon; *neque enim sicut viuentium, ita, & defunctorum actus suspendi*, RECEPTVM EST. Esta razon, que es propria, y adequada al caso, y question, que trataua el Consulto, y q̃ solo sirve para èl, han hecho regla de derecho los Practicos contra todo el arte, como otra vez tẽgo dicho; porq̃ de la regla no se saca el derecho, sino del derecho assentado se saca la regla, *l. 1. ff. de reg. iur.* Las cessiones hechas por actos entre viuos, se suspenden; y si la hecha entre viuos precediò, se cõfirma con la vltima que se haze en testamento. Pero si todas se vàn haziendo en testamento, no se pueden mantener; porque en los legados tiene lugar la regla Catoniana, que haze que sea inutil el legado, y no pueda convalecer quando cede inutilmente, *l. Catera, §. Tractari de legat. 1. l. 3. de regul. Caton.* Por esso no se pudo inducir en este caso la suspension que en los precedentes. Mucho dexo de dezir aqui, porque fuera improprio deste lugar, y instituto, podrianse vèr estas questiones ventiladas, si la curiosidad lo solicitasse en Antonio Fabr. *en el Rational*, y en el *lib. 19. coniect. cap.* 16. Donell. y otros q̃ cita Ossuald. *lib. 11. comment. cap. 9. litt G. & seqq.* Cuiac. *tract.* 6. *ad African, in l. Fundus* 32. *ff. de servit. rustic. pradior. & lib. 1. obseruat. cap.* 23. Emund. Merill. *lib. 3. variant. & ex Cuiac. cap.* 9. Henric. à Suer. *repetit. lect. c.* 24. Anton. Gom. *tom. 2. variar. cap. 3. num. 12. & cap. 16. num.* 16. el señor Don Martin de Larreat. *lib. 5. select. cap. 2. n.* 8. & cũ vsura, si charta forsàn in manus venerit, Sodalis olim noster studiorum, & nùnc in hoc Suppremo Consilio Sodalis, Scholæ, & fori egregius Mysta Dom. D. Laurentius Sanctos de S. Petr. *in Academicis de servit. sect.* 2. vbi accuratè exposuit, *l. 3. de servitut. legat.* post quem, & Ego in priuata adhùc Carta *de diuiduis, & indiuiduis obligat. repetita pralect. cap. 2. ex numer.* 9. præeunte tamen maximo illo Antecessorum, vtriusque Preceptore Illustrissim. D. Ramos *sub eod. tract. de indiuiduis*, quem excepi, *cap.* 5.

101 No ignorò este sentido Accursio *in dict. l. vltim. verb. Defunctorum*, antes le reconociò expressamente, dize assi: *Imò è contrà videtur plus suspendi actus defunctorum: nam nec servitus valet ante aditam hareditatem, vt infra de servit. legat. l. 3. quarè quod hic dicitur intellige ex quo cessit legatum*, Bart. Paul. de Castr. y los Clasicos tienen tan varios modos de recibir esta regla, que no se pueden reducir a breue doctrina, mejor que lo hizo el se-

señor D.Luis de Molin. *lib. 3. cap. 10. ex n.26. vsque ad* 34. La primera explicacion es, que esta doctrina procede en la disposicion pura, no en la condicional; porque esta se suspende del mismo modo en acto de vltima voluntad que entre vivos. Nuestro caso es de disposicion condicional, si la hembra fuere posseedora, ò indubitable sucessora de la Casa de Olivares. La segunda es en quanto a la sustancia de la disposicion, no en quãto al efecto de la sucession, que es admirable doctrina para nosotros; porque la sustancia del Mayorazgo no quedò suspensa; antes bien con las largas vacantes se engrossava, y reforçava: y lo que se suspendiò fue la sucession por todo el tiempo que premeditò su Excelencia. La tercera es, sino es que de la mente del fundador se colixa, que quiso dexar su sucessiõ pendiente; y ninguna se puede ajustar mas a nuestro caso, pues sus palabras, y su mente inducen tan claramente esta suspension, que no parece que se puede negar. La quarta es, quando ya es cierto que lo que pende no puede llegar a efecto; pero no quando ay esperãça de que puede llegar a tenerle. Doctrina cortada para nuestro caso; pues aunque al tiempo de la muerte del segundo Marques de Maireña, las hijas del señor Don Luis de Haro no eran indubitables sucessoras de la Casa de Oliuares; no se puede poner duda, que en ellas, y en otras descẽdiẽtes del señor Don Luis se mantenia la esperança de poder serlo. La quinta es como la antecedente, no puedé pender respeto del Estado presente; y assi luego al punto la vacante se convirtiò a la replecion, y aumento del Mayorazgo; pero no respecto del Estado, y tiempo futuro; para el qual pende, y espera el caso que el Fundador previno. La sexta es, que no puede pender de ageno arbitrio; pero puede pender de la voluntad del Fundador; que es de quien nosotros dezimos que pende. A este punto, y a estas limitaciones se reduce la regla, q̃ los Antiguos sacaron deste texto, no bien entendido: y assi siguiendola doctrina del fuero, en ella misma hallamos los principales fundamentos de nuestra sentencia. Los Addentes a este lugar, *ex num. 1. vsque ad* 44. *versic. Verùm quidquid*, paran en aquella regla q̃ pusimos en el quarto lugar, de que es suspensible el efecto de la sucession, y ventilan la question de los futuros llamados: alli citan en comprobacion de la doctrina de su Autor otros muchos, q̃ no quiero referir, que prueban que estas reglas proceden de la misma manera en los Mayorazgos de España, que en otras disposiciones testamentarias. A la disposicion de la *l.45. de Toro* se responde con la misma doctrina, y se entiende, quando no resiste la voluntad del testador, ò fundador, como en nuestro caso resiste, que quiso, que durante las vacantes, se procediesse a los empleos, y reempleos, que es exclusion del mas remoto subsi-

tituto. Estas mismas doctrinas examinan con el lugar del señor Molina. D. Cabreros de Avendaño *de metu, lib. 2. cap. 29.* Rojas *de incōpatibilit. part. 5. cap. 3.* exactamente, y con copia de Autores; y me parece que basta remitirme a estos dos Modernos, para escusarme de citar los otros que ellos citan.

102 La prefacion en vna disposicion, sea ley, ò sea clausula de testamento, es la alma de ella, es la razon expressa que tuvo el disponente, por esso es la que la rige, *l. regula 9. §. Si quis ius ignorans 5. versic. Et licet, ff. de iuris, & facti ignorantia.* ibi: *Nam initium constitutionis generale est.* En contratos, *l. Titia 134. §. Idem respondit 1. ff. de verb. obligat.* vbi disserta exstant verba: Idem respondit, plerunque ea, quæ in præfationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur; sic tamen, vt non ex ea stipulatione invtilis efficiatur stipulatio. En testamentos *l. vlt ff. de hæred. instit.* ibi: *Noniumque Ruffum hæredem instituit hac præfatione. Quia hæredes, quos volui habere, mihi continere non potui, Nonius Ruffus hæres esto.* Con que conviene Suetonio en la vida de Tiberio, *cap. 23.* tratando de el testamento de Augusto: *Testamenti* (dize) *initium fuit. Quoniam sinistra fortuna Caium, & Lucium filios mihi eripuit, Tiberius Cæsar mihi ex parte dimidia, & sextante heres esto; quo & ipso aucta est suspicio opinantium, successorem adscitum eum necessitate magis quam iudicio, quando ita præfari non abstinuerit.* Es axioma de Barbosa 192. *per totum*, que ilustrè *lib. 7. Opusculor. cap. 4. in principio*, Dom. Molina, & Addent. *lib. 1. cap. 5. à princip.* latissimè Tiraquell. *in tract. cessante caus. limit. 1. à num. 64.* Repitamos, pues, las palabras de la clausula, con que llamò las hembras en defecto de el primer orden de descendientes. *Y en faltando todos mis descendientes legitimos, y la descendencia de los naturales, y bastardos, que yo llamo, y dexarè reconocidos; porque mi intencion es, q̄ la Casa de mis padres (que es la de Olivares) se junte con la mia de San-Lucar y con la de Medina de las Torres, y Toral; ordeno, y mando, que la hembra descendiente de mi sobrino D. Luis de Haro, &c.* De forma, que despues de su descendencia, lo primero que deseò, y la prefacion cō que entrò a los demàs llamamientos, fue para que por medio de vna indubitable sucessora de la Casa de Olivares, se hiziesse la junta de las quatro Casas, casando varon de la Casa de Toral, con quien huviesse de suceder en la Casa de sus padres. Luego en el entretanto que acaecia este caso, no quiso que se preocupasse por otro orden de llamados la Casa de San-Lucar, que queria fuesse la cabeça de las demàs; antes quiso, que se suspendiesse, y se conservasse en si mismo, aplicando a los empleos lo que auian de gozar los posseedores.

103 Tambien son de ponderar las palabras de la clausula siguiente, ibi: *Y si lo que Dios no quiera, faltaren descendientes hembras de Don*

Don Luis de Haro mi sobrino, ò auiendolas, no se casaren como tengo dicho, sucedan las otras descendientes hembras de mis hermanas, &c. Aquellas palabras, *lo que Dios no quiera*, puestas en el caso, y defecto de condicion de vn llamamiento, denotan afecto, y deseo especial de que no llegue el caso de faltar la condicion; y indicã muy particular afeccion a que suceda lo dispuesto, v. grat. Quando se llama estraño en defecto de hijo, ò en caso que muera sin hijos, ni descendientes, es comun dezir, en la *l. quanvis* 4. *C. de impuber.* auiendo instituido vn testador a su hijo, y a su muger, puso esta clausula: *Si quod abominor, hæredes non erunt, in locum eorum P. Firmianus heres esto.* La misma, y con los mismos afectos se halla *in l. Lucius* 85. *de hæred. instituend. l. cohæredi* 41. *§. vlt. de vulgari, l. Lucius* 88. *§. Filiam de leg.* 2. quæ sunt verba imprecantis, & desiderantis auerti, eventum aliquem ominosum, notavit Brison. *de Formulis lib.* 1. *post medium, versic. Atque vt bona, pag.* 93. *in parva editione.* De estas palabras, pues, se infiere, que antes que llegasse al tercer orden de colaterales estraños, quiso enixamẽte que sucediessen las colaterales hembras, para juntar sus Casas, como lo prevenia; pues significò este afecto con los palabras, *lo que Dios no quiera*: y assi mientras huviesse esperança, por dilatada que fuesse, de que huviesse las hembras indubitables sucessoras, que esperaua, no quiso hazer transito a otros llamamientos, ni llegò el caso del del señor Marques de Leganès. Con que quedarà excluso por este mismo testamento, quando fuesse de alguna estimacion; pues para obtener, assi en propriedad, como en tenuta. Lo primero, ha de constar, se vocatum esse, *l.* 1. *ff. quor bonor.* Lo segundo, vocationis casum evenisse, *l. si eius* 34. *ff. ad S. C. Trebell.* porque la mas eficaz, y efectiva excepcion, ò exclusion es esta, *de te non loquitur substitutio*, Dom. Molina *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 5. Peregrinus *de fideicommiss. art.* 11. *num.* 37. Dom. Castill. *lib.* 4. *cap.* 14. *num.* 6. Fusar. *quæst.* 459. *num.* 2.

Apendice deste §. IV.

En que se responde a dos motiuos, que se propusieron para dezir que el testamento de el año de 1642. no podia ser revocado.

104 El primer motiuo, es dezir, que el auer otorgado el poder de Toro el señor Conde Duque, fue por el olvido que tuuo, ò por mejor dezir, por no se acordar del testamento del año de 1642. Este motiuo mira a dos partes: La vna, a hazer desmemoriado al señor Conde Duque, falto de juizio, y incapaz de testar. La otra, a que no pudo revocar lo que no quiso revocar; pues no se cõpadece olvido, con animo de revocar lo olvidado; y se dize, que fue hecho, y otorgado el poder de Toro, por causa falsa final, por pensar su Excelencia que no le haziendo, mo-

ria abintestato. De la primera intencion de esta excepcion, no se tratarà aora, sino en el §. siguiente, de la segunda se tratarà aqui, El segundo motiuo, ò razon, es, porque este testamento fue hecho inter liberos; el qual tiene clausula derogatoria legal para no poder revocarse, sino es haziendose dèl expressa mencion, *auth. hoc inter Liberos, C. de testam.* A que responderèmos por su orden, sin gastar mas discursos que los muy necessarios.

105 Lo primero, no es cierto dezir, que el segundo testamento no reuoca el primero, quando el testador està olvidado dèl; y lo contrario es assentado en derecho; porque la vltima disposicion es la presente voluntad, y el arbitrio, quod iterùm non reddit, como dize la *l. 1. C. de Sacros. Eccles.* Esta determina al que testa, y con esta quiere morir; la olvidada no es voluntad, y quando lo fuera, siempre cede a la vltima. No sè que aya texto en proprios terminos; pero assi lo enseñan con solido fundamento Paulo de Castr. *in l. 3. de iniusto rupto*, Petrus Peralt. *in l. Si quis in princip. de legat. 3. num. 24.* qui reddunt rationem.

106 Esfuerçan mas esta causa, no la dexando en solo termino de olvido, sino en olvido que influyò causa final, con fuerça de condicion, diziendo assi: Si el señor Côde Duque otorgò el poder de Toro, fue porque no se acordaua que huviesse hecho el testamento de Madrid, que si se acordara no hiziera otro. Este olvido fue la causa final de otorgarle. La disposicion hecha por falsa causa final, es invalida. Luego el poder de Toro lo es. Para ajustar esta oposicion les falta muchas cosas en hecho, y derecho. En el derecho, porque la falsa causa final no vicia la disposicion, nisi enuntiata sit conditionaliter: esto es confiriendo toda la voluntad en aquel motiuo que saliò falso, *l. Demonstratio falsa 17. §. Quod autem 2. cum seq. l. Cum tale 72. §. Falsam causam. ff. de condit. & demonstrat. §. Huic proxima 30. instit. de legat.* Dos cosas se piden, que estè enanciada en el testamento; esto es, escrita en èl, y que sea enunciada conditionalmente, con tal animo, que se remueua la voluntad, si la causa falta: esto es sin final, quando influye en la existencia de la voluntad; qua posita ponitur, qua sublata tollitur, D. Couarr. *lib. 1. variar. cap. 20. nu. 2.* vbi noua Additio multos adducit, quibus abstineo. Los exemplos son, quando se instituye vno por heredero, como hijo, nieto, ò hermano, y despues resulta no lo ser; porque como se enunciasse tal en el testamẽto, y por tal se debe presumir vehemẽtemẽte, q̃ fue instituido, faltando este presupuesto, falta la disposicion, *l. Pater 4. l. Neque apud exteros 6. C. de heredib. instit. l. Eam quam 14. C. de fideicõmiss.* O quãdo fue instituido vn estraño, enunciandose en el testamento que le instituye, por faltarle los hijos que auia deseado tener por herederos; y despues los que se tenian por muer-

muertos,por fama,ò rumor falso, que auia corrido, pareciessen viuos: *Quia filios, quos voluì habere hæredes,mihi continere non potui. Nonius Ruffus mihi hæres esto l.vltim.ff. de hæredib.instituend.l.21.tit.1.p.6.* Esta es falsa causa, y esta la forma con que ha de ser enunciada,para que vicie la disposicion; por el invencible error que contiene que se opone a la voluntad,*l Si per errorem 15.de iurisdict.l.2. de iudicijs, l. post divisionem 4. l. Cum testamentum 8.C.de iuris, & facti ignorantia.* Ita docent post Clasicos, & institutionum Interpretes, quos non moror Cuiacius *consultat.2.*& in multis locis Petr.Gregor.*syntagm. lib.42.cap.32.ex nu.52.* Sarmiento *lib.2.select.cap.3 num.1.* Costa *lib. 1.select. cap.5. num.8.* Angel. Matheacius *lib.2.epitom. legat. cap.11. num.3.* Anton. Faber.*lib.5.coniect. cap.2.* Francisc. Connan. *lib.10. Comment.cap 6.* Donel.& Ossuald. *lib.8.cap.14.litt.H.& I.* Guillelm. Forner,*lib.3.selection.cap.15.* Omnium tamen optimè, & omnino videndus Menoch.*lib.4.præsumpt. 24.per tot.*

107 En el hecho les falta ajustar à èl esta doctrina,y se ajustara, si en el poder de Toro se leyera esta clausula: Porque vn testamẽto cerrado que otorguè en Mádrid, año de 1642. se ha perdido entre mis papeles, y tengo comunicada mi voluntad con N.la doy todo mi poder para que disponga de mis bienes, conforme a lo que la tengo comunicado.Pareciendo despues el testamento,que dixo se auia perdido, ò se le auian hurtado, entrara la question de la falsa causa, y de la perseverancia en aquella voluntad; pero no auiendo tal prefacion,no se puede colegir fal'a causa enunciada condicionalmente, como pide el derecho. Ya que no encuentran esta clausula,se valen de otra, que dize en el poder: *Por quanto N.S.ha sido servido de darme vna enfermedad, y temo que los accidentes de ella no me dèn lugar à hazer testamento, como es necessario.* Esta quieren que sea indicativa,de que no se le acordaua que tuviesse hecho testamento; y que por esso dezia,que era necessario dar poder, que no lo era teniendolo hecho. No son estos discursos macizos,querer en todo hallar misterio,y tan gran misterio: Lo cierto es, que es la clausula cõsueta de todos los poderes para testar, y la causa comun porque se dan, Carpio *de exequutorib.testam. lib.4.cap.4.num.3.* y todos los Formularios de notas de escrituras,en que estudian los Escriuanos; y no solo es necessario otorgar poder para testar, quando el testador no tiene hecho testamento, sino quãdo no quiere fallecer con el que tiene hecho. A la verdad, algunas cosas ay de tan poco tomo, que se embaraza el que responde en responderlas; porque primero es que aten,y luego que se disuelvan.

108 Quando la causa final no està enunciada en el testamento, dizen algunos Autores,que se podrà probar con testigos; y no vàn fuera de la letra del *§.Fàlsam cau-*

sam

sam citado, con tal, que se pruebe con el mismo numero, y con la misma calidad de testigos, que se piden para autorizar vn testamento, porque esta probança tira à deshazerle; y es juridico, que con las mismas causas q̃ se haze vn acto, con essas mismas se deshaga, *leg. Prout* 80. *ff. de solut. l. Nihil tam naturale* 35. *de regul. iur.* Assi lo sintieron Ioan de Immol. *in dict. l. vltim. ff. de hæredib. instituend. col.* 4. Gregor. Lop. *in dict. l.* 21. *gloss.* 3. Para suplir toda esta probança, nos presentan por testigo solo, y vnico al Padre Iuan Martinez de Ripalda, que en el *num.* 444. *del Memorial*, dize: *Y aunque no puede dezir todo el desorden, que reconociò en esta ocasion, para hazer el juizio referido, le parece q̃ basta declarar, que auiendole preguntado, si tenia hecho algun testamento, le respondiò, que no tenia hecho ninguno; siendo assi, que le tenia otorgado el año de* 42. Nosotros negamos que passasse assi, en hecho de verdad no ay mas de vn testigo, que lo afirme; pues supongase la virtud, la doctrina, el estado, que se quisiere, siempre es cierto, que *dictum vnius, dictum nullius, cap. in omni negocio de testibus, l. vbi numerus, C. cod. tit.* Pero entremos à apurar mas esta solicitud del Padre Ripalda, sin darla credito ninguno, porque no le merece. A vna pregunta tan impertinente, como aquella, que queria que le respõdiesse? Que testamento tenia hecho, muy dilatado, y muy premeditado; pero que le auia hecho estando en Palacio con aquellas esperanças, que su ocupacion le podia prometer; y que auiendo cessado, no podia servir para el estado presente de las cosas; por lo qual tenia comunicado con la Condesa su muger, hazer diferẽte disposiciõ, mas ajustada al tiempo presente. Si le respondiera assi, quedara el Padre Ripalda satisfecho; pero raras vezes tan grandes personas, como el Conde responden tan llenamente à semejantes preguntas; por esso dixo Tacito: *Perscrutari Principum sensus, & si quid occultius parant, anceps; nec adeo assequare.* Respondiòle con breuedad (que es proprio lenguage de Palacio; el mismo Tacito: *Imperatoria breuitate, Galvam adoptari iubet*) *que no tenia hecho ninguno*; y assi era, porque este le tenia por roto, y por deshecho, que es la respuesta que pedia la curiosidad de la pregunta. *En el lib.* 7. *de mis Opusculos en el cap.* 3. tratè de la restriccion mental, y de otros puntos concernientes à aquel tratado, y en el *num.* 22. *y siguientes*, propuse por regla, q̃ ninguno estaua obligado à respõder simpliciter la verdad, à vna injusta, ò viciosa pregunta, con tal que no responda cõ mentira; y traxe algunos exemplos. El de Christo N.S. Marci, *cap.* 13. *vers.* 32. Que preguntandole los Discipulos con curiosidad escusada por el dia del juizio, quando auia de ser, respondiò: *De die autem illo, vel hora, nemo scit, neque Angeli in Cælo, neque Filius, nisi Pater.* Y suplen los Santos Padres, y Doctores alli citados, al dezir que el Hijo no lo sabe, *vt vobis reuelet*, por termino in men-

mente retento. Tambien Iuan de Annanias, y Angelo de Perusio traen al proposito el hecho, y respuesta de San Francisco, à quien preguntandole vn Ministro de Iusticia, que iba en busca de vn reo, si auia passado por alli; metiò el Santo la mano en la manga del otro brazo, y respondiò, *no ha passado por aqui*; dexando engañado al Ministro sin mentir. No se me diga que voy muy sutil; porque cierto que la sutileza està de la otra parte, en querer abultar cosas tan sutiles, y tan sin peso, como las que pondera; pues dà nombre de causa final, vna respuesta que dize el Padre Ripalda, que le diò el señor Conde Duque.

109 En fin todo este fundamento estriba, quando fuesse verdad lo que el testigo dize, en que entendiò la que le diò su Excelencia por respuesta sincera, que no tenia hecho testamento, ni le auia hecho en su vida; y es mucho que vn hombre tan docto de vna respuesta como la dicha, sacasse tales consequencias, como las que sacò, y se dirà a su tiempo: Pues es cierto, que si oy se le preguntara al Padre Ripalda, si tenia por tã llana la respuesta del señor Conde Duque, que pudiera formar juizio, que no significaua otra cosa, no pudiera responder assertiuamente; lo mas que pudiera dezir era, que le parecia, que significaua aquella respuesta con la forma de palabras, con que se diò, que no tenia hecho otro testamento, y que esse seria el animo del señor Conde Duque; porque el interior, y la intencion retenida en el entendimiento, no nos puede constar cõ certeza, sino por indicios, y congeturas, que pruebã en quanto son concluyentes, y no se pueden aplicar a otra cosa, que à la que se intenta deduzir, *l. Dolum* 6 & ibi Paulus de Castro, *C. de dolo l. Si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* Cuiac. *ad l. 1. ff. de dolo* Fornerius *ad* Casiodor. *lib. 4. variar. Epistola* 35. Osuald. *ad Donell. lib. 4. cap* 24. *litt.* C. Menoch. *de arbitrarijs. lib. 2. casu* 116. Mascard. *de probat. conclus.* 531. *& alij passim* Y assi, ni el P. Ripalda pudiera deducir, ni deduxo de esta respuesta, q̃ la causa final de otorgar el poder, fue no se acordar, que tenia hecho testamento; y assi los Abogados con demasiada sutileza estienden su deposiciõ, à lo que quizas no imaginò. Bien sea verdad, que lo que imaginò, no se deduce tampoco de ella; como despues se dirà.

110 Poca fuerza harà a los señores Iuezes este fundamento; pero sin duda alguna, que les harà menor fuerza el que se sigue, si biẽ se esforzò demasiado en la instancia de tenuta, y mucho mas en la informacion de Granada. Dizese, que este testamento de 42. se hizo en sazon, que el señor Conde Duque no tenia mas que vn hijo legitimado, que era Don Enrique, Marques de Mairena; y que aunque instituyò por heredera vniuersal su Casa de San Lucar, hizo de ella mayorazgo, llamando a sus hijos, y descendientes legitimos, luego a Don Enrique, y su descenden-

dencia, luego naturales, y baſtardos; y luego hizo tranſito a Colaterales; con que viene a ſer teſtamento inter liberos: El qual no ſe revoca, como quiera, ſino con expreſſa revocaciõ; eſto es cõ expreſſa mẽcion de el, y que no baſta la genegeneral revocacion que ſuele baſtar para revocar los teſtamentos comunes. Por lo qual concluyen, que no quedò revocado por el poder de Toro. Eſto es lo que ſe reduce a diſputa, ſin tener fundamento alguno en derecho, ni poderſe aplicar mas doctrinas deſuſadas, de q̃ para ello ſe valen, y para ſu conuẽcimiento menos era meneſter; pero quiero dezir lo q̃ es de derecho.

111 El Emperador Tiberio, por fauor de los Veteranos, que auian cumplido honeſtamẽte los años, y eſtipendios de la milicia, les concediò, y no a otros, que pudieſſen, aunque no hizieſſen teſtamento, diuidir el patrimonio para deſpues de ſus dias entre ſus hijos, por ſimple, y deſnuda voluntad. Eſta conſtitucion no ſe halla en el cuerpo del derecho comun; pero refierela Aggeno Vrbico *ad Frontinum*. Papiniano, viendo que el fauor eſtriuaua mas en el fauor paterno, que en el merito de la milicia, ſe atreuiò a ampliarle a todos los padres, aunque no huvieſſen militado, *l. quæ pater* 32. *ff. familiæ erciſc.* Entendida aſsi con gran propiedad de ſu inſigne Interprete Cuiacio, *lib.* 2. *Reſponſ. Papin.* Los Emperadores Diocleciano, y Maximiano *in l. filij* 16. *C. eod. tit.* ſiguieron a Papiniano, añadiendo, que baſtaſſe la ſimple, y deſnuda voluntad, aunque el padre trataſſe de hazer teſtamento, ò codicilo, y no lo pudieſſe conſeguir. Lo miſmo conſtituyeron, quando el padre con intento de prevenir a los hijos en la ſuceſsion futura, les dividiò ſus bienes entre viuos cõ qualquiera indicio de voluntad, *l. ſi cogitatione* 21. *C. eod. tit.* que ſon Gloſſas, y ampliaciones de Papiniano, como notò el miſmo Cuiacio; y a eſte derecho antiguo faltò Iacobo Gothofredo, noble Comẽtador de el Codigo Theodoſiano, por no auer atendido a las Conſtituciones de los dos Emperadores.

112 Siguiòſe a ellas la de Conſtantino *in l.* 1. *C. Theod. famil. erciſc.* quę hodie interpolata, & decurtata invenitur, *in l. vlt. C. eod. tit.* auiẽdo leydo atentamente el principio de la *l.* 1. que comiença, *cum dividendæ res erunt*, me parece, que faltan algunas palabras, para que haga perfecto ſentido; y las ſupliera yo aſsi: *Si pater, avuſve inter filios, aut nepotes aliquas res adiudicandas deſtinaverit, cum dividendæ res erunt*, &c. Conſtituyò, pues, Conſtãtino caſi lo miſmo que los anteceſſores, reſtringiendo el favor en el texto del Codigo Theodoſiano a los hijos, que eſtauan en la poteſtad, ſi bien los Compoſitores del Codigo de Iuſtiniano comprehendieron tambien los hijos, y nietos emancipados.

113 Por eſtos paſſos llegaron los Emperadores Theodoſio, y Valentiniano a conſtituir, que el teſtamento imperfecto, hecho por el pa-

padre entre sus hijos, è hijas, nietos, y nietas, sin interposicion de persona estraña, valiesse para con ellos, como si fuesse perfecto; pero no para con los estraños, acrecentandose a los hijos sus porciones. La constitucion original se halla en la *nouella* 9. de estos Emperadores, de donde se tomò la *l. hac consultissima* 21. *C. de testament.* vbi extat, *§. Ex imperfecto.* Y està reducido a nuestro derecho antiguo *in l.7. tit.1. partit.6.* que le traslada. A esta ley se sigue *la authentica hoc inter liberos* que buscamos; pero antes que lleguemos a ella me parece recorrer lo que notan los Interpretes.

114 Lo primero preguntan, si el suceder los hijos por esta volũtad imperfecta cõ exclusion total de los estraños, es por testamẽto, ò abintestato? Iacobo Gothofred. *in d.l.*1. *C.Theod.famil.ercisc.* sintiò, q̃ abintestato; yo prefiero la opinion de Costa *in §. Et quid si tantum* 1. *part.num.*43. *& seqq.* que dixo, que la sucession es testamentaria, y que esse es el honor que contiene el priuilegio. Lo segundo, si es menester que intervengan algunos testigos, para que esta disposicion imperfecta valga entre los hijos? Gothofredo dize, que no: al contrario sintieron Cuiacio *consult.* 1. Frãcisco Hothomano *cons.*15. Mainardo *lib* 5. *cap.*15. que por lo menos son necessarios aquellos testigos que se requieren para hazer probança natural; y a este sentir dà fundamento nuestra *l. 7. de la Partida.* Lo tercero, si procederà este fauor en el testamento nuncupatiuo, ò solamente en el hecho in scriptis imperfecto, Antonio Fabro *de errorib. pragmaticor. de cad.* 25. *err.*4. fue de parecer que no se entendia en el nuncupatiuo. La contraria es mas comun, que siguieron Nata *in d. §. Ex imperfecto ex num.*66. Merlino *de legitima lib.* 1. *tit.*2 *quæst.* 5. *num.* 59. *&* 60. Fachinæo *lib.* 4. *controuers. cap.* 3. y Gothofredo; y es mas cierta, porque el texto de Theodosio, y Valentiniano hablò en qualquiera imperfecta voluntad. Lo quarto, si se estiende este fauor a los hijos naturales, esto es, auidos fuera de matrimonio. Es comun resoluciõ, que no se estiende, Antonio Thesauro *decis. Pedemontana* 94. Iulio Claro *§. Testamentum, quæst.* 12. Gothofred. *in d.l.*1. Fabro *decad.* 35. *error.*5. que limita ingeniosamente esta opinion en las dos onças, que pueden lleuar abintestato. Lo quinto, si ha lugar en los hijos legitimados: y Fabro *errore* 6. *seq.* y Gothofredo sienten, que si.

115 Bastantemente auemos dicho de estas antiguedades, ò antiguallas, que en las Escuelas siruen para exercitar los ingenios, y en nuestros Tribunales se pudieran borrar con sola vna raya; porque despues que la *l.*1. *y* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Compilat.* ò la *ley* 3. *de Toro,* dieron forma especial a los testamentos, cessaron en estos Reynos todos los generos de testamẽtos priuilegiados, que fueron muchos, sin conocerse en ellos ninguno mas que el comun. Y assi lo sintie-

ion, hablando del testamento imperfecto inter filios, Miguel de Cifuentes *in d.l.3.Tauri*, a quien sigue, y cita Gregorio Lopez *in d. l. 7.tit. 1. p. 6. Glos. 2.* Dom. Molina *lib. 1. cap. 12. num. 22.* Y no se avrà ofrecido pleyto, que se dispute, ò determine por estas doctrinas.

116 Baxemos yà a la *authentica hoc inter liberos*, que se sigue *al §. Ex imperfecto*, como dixe. Es vn extracto, que hizo Irnerio, antiquissimo Interprete de el Derecho comun, de la *Novella* 107. *de imperfectis testament. inter liberos, collatione* 8. *capitul.* 1. *&* 2. En esta constitucion dispuso Iustiniano, que el testamento impefecto, en que los hijos fuessen instituidos herederos, valiesse con ellos, y con los estraños (en esta parte fue nueua, y contuvo prouidencia particular) con cinco requisitos. El primero, que sabiendo escriuir sea escrito por el testador por su propria mano. El segundo, que se escriua cabalmente por razones llenas, y enteras, no por cifra, ò abreviaturas. El tercero, que esto mismo se observe en los legados, que huviere de dexar à su muger, ò a otros estraños. El quarto, que sino testare in scriptis, sino nuncupatiuamẽte valga; con tal, que se compruève con suficiente numero de testigos, aunque no el que es necessario para vn testamento solemne. El quinto, que si muriere debaxo de esta figura, ò especie de disposiciõ, sea firme, y no se pueda contrastar con testigos, que depongan a presentacion, y instancia de los que han de suceder abintestato, que el padre se apartò de aquella voluntad, y que para revocarla, sea menester otro testamento solemne, y perfecto. De este vltimo requisito extraxo Irnerio su authentica, las palabras, que puso en ella son: *Hoc inter liberos testamentum ità infirmatur, si parens septem testibus adhibitis declaret, se nolle tale testamentum valere, & aliam disponat voluntatem, vel in testamento perfecto, vel in non scripta perfecta voluntate.* Nuestra ley de la Partida, que es *la 8. tit. 1. part. 6.* que no debiò de tener presente la novela (este libro fue muy raro, y no le gozaren los sucessores de Irnerio) entendiò assi la Authentica. *Mudar, è revocar puede el padre, ò abuelo el testamẽto ò la manda, que huviesse fecho entre sus hijos en alguna de las maneras, que diximos en la ley antes de esta, faciẽdo despues otro testamẽto acabadamente, è diziendo en èl, como muda, è revoca el otro, que fiziera primero; cà si el segundo testamento no fuesse assi acabado, non desataria por ende el primero.* Assi la Authentica, como la ley de la Partida, hablan del testamento imperfecto, que vale por ser del padre, y hecho inter liberos, aunque sea con mezcla de estraños; porque la Authentica se saca del original, que habla expressamente de testamento imperfecto; y porque Irnerio la colocò despues de el §. *Ex imperfecto*, como apendice dèl; y porque dixo *hoc testamentum*, que es prenombre relativo al antecedente. Y la ley de la Partida se refiere a la anterior, que

que habla asimismo del testamẽto imperfecto. Ningun texto de estos habla del testamento perfeto, y acabado, que haze el padre entre sus hijos; porque en èl fuera inepta su disposicion; pues es llano que el primer testamento perfecto no se revoca por otro, que no sea æquè perfecto, *§. Posteriore inst. quibus modis testam. infirm.* Hablan del testamento imperfecto, que se reduce à vna desnuda volũtad; y este constituyeron, que no se pudiesse quitar, sino es con voluntad perfecta; porque en este caso era menester constituirlo; pues nada es tan natural, que disolverse vn acto del modo con que se formò: la estipulacion solemne se quita con solemne acceptilacion; la obligacion contrahida con desnudo consentimientu se quita tãbien con desnudo dissenso, *l. pro vt 80. ff. de solut. l. nihil tan naturale, 35. ff. de regul. iur.* Asi pues parecia, que como el testamento solemne, se quita por otro solemne; el imperfecto se auia de quitar por voluntad imperfecta, y no solemne; lo qual era muy conforme à derecho, porque el fideicommisso se quita con desnuda voluntad, por constar tambien de desnuda, *l. 3. §. vltim. cum l. seq. ff. de adim. legat.* La que consta de cinco testigos, sea codicilo, ò epistola codicilar, con contraria voluntad protestada ante otros cinco testigos, se quita, *l. vltim. C. de testament.* y lo mismo el testameuto militar. *l. eius milit. 34. §. Milicia misus 1. cum sequent. ff. de testament. milit.* Sin embargo, quiso Iustiniano, que esta imperfecta voluntad del padre no estuviesse expuesta à imperfecta revocacion, sino que si la huviesse de revocar, fuesse por volũtad perfecta, como reparò Cuiacio, *lib. 3. observat. cap. 3.* y despues dèl Dionysio Gothofredo *in d. Nouella 107. cap. 2. & in d. §. Milicia missus.* Y asi la conclusion legal, que se saca de esta Authentica, que el testamento menos perfecto hepor el padre entre sus hijos, aunque sea con mezcla de estraños (si estamos al texto original) no se revoca sino es por testamento, ò voluntad perfecta. Ità Marcus Antonius Nata *in Comment. ad d. §. Ex imperfecto num. 1.* Ioan Zuchando, *num. 4.* Menoch. *lib. 4. præsumpt 166. num. 62.* Georgius Acacius *de privileg. Parentum, priuilegio 15. cap. 2. num. 16.* Pero otra que sacan Cino, Iacobo Butrigario, Baldo, Alberico, Castrẽse, Saliceto, Corneo, Alexandro, y Iason, y despues dellos con Socino nuestro Gregorio Lopez *in d. l. 8. glossa finali*, Clarus *§. Testamentum, quæst. 99. circa finem*, Mantica *de coniect. vltimar. volunt. lib. 6. tit. 3. num. 9.* Pacian. *cons. 66. ex num. 9.* Marta *de succes. legali 2. tomo 4. part. quæst. 4. artic. 7. num. 27.* Conuiene à saber, que el testamento del padre hecho entre hijos no se revoca, sino es, que en el testamẽto posterior solemne haga dèl expressa, y especifica mencion; ni en la letra, ni en la mente del texto tiene fundamẽto. Permitaseme por mis puestos que hable cõ esta seguridad, y quiẽ me

me huviere de responder conuençame con argumentos, que salgan de vna, y otra, y no amontone Doctores, que lo digan, aunque lo digan; porque si el primero excediò, lo mismo sucederà à sus sequaces.

118 Siendo pues voluntario el fundamento, tambien lo es, y poco consiguiente la doctrina. Lo primero dizen, que si el testamento hecho entre hijos con mezcla de estraños es imperfecto, y se reuoca sin especial clausula de revocacion, que queda revocado para los estraños, aunque no lo quede para los hijos; en lo primero no ponen duda; y lo segundo lo dàn por disputable, Boerio *quæst.* 240. Mantic. *de coniectur. lib.* 6. *tit.* 2. *n.* 20. Fusar. *de substitut. quæst.* 393. *n.* 38. Paschal. *de virib. patriæ potestatis,* 2. *part. cap.* 8. *ex num.* 28. mas absolutamente Sforcia *consil.* 89. *à num.* 42. dixo sin distinguir entre testamento perfecto, ò imperfecto, inter liberos, sinè mixtura extranei, aut cum mixtura extranei; que todo testamento perfecto, ò imperfecto, hecho inter liberos, cũ mixtura, aut sinè mixtura extraneorum, revocado por otro testamento posterior, sin expressa derogacion dèl; queda valido, y no revocado para con los hijos; pero invalido, y revocado para con los estraños que en èl tuvieron parte. Dà la razon, porque como esta clausula derogatoria legal, que ellos dizen sea odiosa, por oponerse a la libertad de testar, y sea en algun modo de impedimẽto a la vltima voluntad; se ha de entender en el caso, y para el caso en que està introducida, que es respecto de los hijos, y en su fauor; pero no respecto de los estraños, ni con ellos. Estos no son principios de derecho, sino mõstruosidades, yo lo confiesso; y es vna jurisprudencia fundada en el celebro de los Auctores, sin mas apoyo que su opinar. Pero de ella misma pudieramos excluir a el señor Marques de Leganès; pues siendo, como es estraño, aunque concediessemos lo de la clausula derogatoria legal, y que el poder de Toro, en quanto al Marques de Mairena, hijo legitimado, no pudiesse revocar el testamento de el año de 42. por no tener expressa derogacion dèl; no se podia negar que estaua suficientemente revocado en quanto a todos los demàs, que no fuessen hijos, ù descendientes.

119 Pareceme que se ha dado salida a la oposicion contraria bastãtemẽte, atendiendo a las doctrinas de esta clausula derogatoria, que los Auctores han fingido: aora dirèmos a los Abogados, que ni aun tal qual es se aplica a los terminos de este testamento. Porque testamento inter liberos, se llama aquel, cuyo principal assumpto mira a el fauor, conveniencia, y vtilidad de los hijos, quia denominatio sumitur a beo, quod prævalet, *l. quæritur. de statu homin.* y mixtura de estraño, es aquella en que la parte que se dà a el estraño, no puede tener concepto de igual, quanto mas de superior. Y es assi, que

que si miramos la institucion de heredero, hecha en este testamento, es la Casa de San Lucar; el fin, vna fundacion de la familia por la parte que cõtiene el mayorazgo; publica, y pia por las demàs fundaciones; llamado el hijo con otros muchos, y otros muchos, a demàs del mayorazgo. Luego lo que auiã de probar los Abogados contrarios, es, que vn testamento en que vn hijo està llamado a vn mayorazgo con otros muchos, y aun no instituido, ni aun llamado en primer lugar, se llama hecho inter liberos; porque si esto fuesse asi, qualquier testamẽto de padre, en que instituyesse, ò substituyesse vn hijo por heredero, se llamaria inter liberos, y se diria que tenia clausula derogatoria legal, que hasta aora nadie ha dicho. Ni conviene con la propriedad de la preposicion *inter*, ni ningun Auctor se ha apartado tanto del verdadero sentido, que diga que la *Auth. hoc inter liberos*, se entienda de qualquier padre que haze testamento en forma comun, instituyendo, ò dexando mandas a sus hijos; sobre que no me parece dilatarme mas, y aun mucho de lo que se ha fundado, parecerà superfluo a quien lo leyere: la escusa es, que el que responde no guarda ley, porque sigue las que le dà el que propone, como advirtiò Plutarco. Passemos a el poder otorgado en Toro, que es en el que estriva el fundamento de la justicia de este pleyto.

§. V.

Del Poder para testar, que el señor Conde-Duque otorgò en Toro à 19. de Iulio de 1645. en el Mem. num. 180.

120 El instrumento que determina el pleyto, y por el que se debe determinar la sucession es este; y este es el que prevaleciò en la instancia de tenuta, por ser las demas disposiciones execucion de èl. Hase assestado tanta artilleria contra su firmeza, que apenas ay letra, ò la mas leve circunstancia q̃ no se aya batido; pero en assumpto como este, exclamò discretamẽte Ciceron *in orat. pro Marco Cœlio: O magna vis veritatis, quæ contra hominum ingenia, calliditatem, solertiam, contraq; fictas hominum insidias facilè se ipsa defendat!* Impugnase por la disposicion, ò materia, que contiene, llamandola inepta, despropositada, y contra piedad natural, hecha con dolo, y maquinaciõ. Por la forma, diziendo que no tiene la solemnidad que las leyes Reales piden. Por el Autor, ò causa eficiente, por dezir, que quando la hizo estaua frenetico furioso. Por la causa instrumental, que fue Bernardino de Benavides, Escriuano de su Magestad, del Numero, y Ayuntamiento de Toro, poniendo nota en su legalidad, y passando a llamarle sobornado, y falsario. A estas quatro classes para mi metodo, reduzgo todas las oposiciones contrarias. Y los funda-

mentos de mi parte, con satisfacion a las oposiciones, se reducirá tambien a quatro puntos. En el primero se fundarà ser provida, y cōueniente disposicion la que contiene en este poder. En el segundo, que consta de las solemnidades que piden las leyes del Reyno. En el tercero, la sanidad de juizio del señor Conde-Duque, quando le otorgò. En el quarto, la legalidad del Escriuano.

Punto Primero del §.V.

Que la disposicion que contiene el poder de Toro, es provida, y conveniente al estado de las cosas.

121 Despues que los Abogados contrarios exageraron retoricamente la providencia, diligencia, y acierto del testamento del año de 1642. siempre con reserva de no dezir lo que contenia, sino tomando por mayor sus disposiciones: Baxaron a ponderar en el poder de Toro, que toda aquella fabrica se deshizo con vna china, con el poder, en que con solas quatro palabras, *instituyo à mi muger por heredera*, se apartò de lo que cō tanto acuerdo, y en tanto tiempo tenia premeditado, y ordenado. Discurso que se funda a simili, *in l. Si quando 35. C. de inofficios testam.* ibi: *Neque enim credendum est, Romanum Principem, qui iura tuetur, huiusmodi verbo totam observationem testamentorum multis vigilijs ex cogitatam, atque inventam velle everti.* Porque si esto no se cree del Principe, que con prouidencia vniuersal mira por la observancia de las leyes testamentarias, quanto menos se debe creer de vn testador tan principal, que cō especial prouidencia mira por la conservaciō, y estabilidad de su Casa en vna disposicion apensada, que adornò solamente para este fin? Mezclan tambien el estado de su enfermedad, y la presura de tiempo en que se hallaua, el auer instituido a su muger, olvidado totalmente de su hijo, y del nieto, que esperaua; porque se hallaua preñada la señora Doña Iuana de Velasco su nuera; y concluyen, que solo por su primer aspecto debiera ser despreciable esta disposicion.

122 No hecho yo menos solidas respuestas a estos discursos en los papeles que he visto escritos por los Abogados del señor Duque de Medina de las Torres, tienenlas dadas, y fundadas llenamente. Pero hecho menos el que no se aya ponderado, quanto se debe, la providencia deste poder; y lo mismo hize en no se auer manifestado la ineptitud (segun el estado de la muerte del señor Cōde Duque) del testamento del año de 1642. que quizás con esso se huvieran cortado muchas hojas de repeticion a la informaciō de Granada, y se huviera mi ocupacion aliviado mucho. No quisieron entender los Abogados de la Corte la qualidad de la institucion hecha por el señor Conde Duque en la señora Condesa su mu-

muger; y ocupando el discurso en la corteza, sacaron las consequencias de dexar libre la hazienda, exheredado hijo, y posthumo, y todas las demàs ab inconvenienti. Dandolo oy a entender, queda todo esto desvanecido. El derecho, la exigencia de los negocios, y la especial, y resguardada providencia de los testadores, hallò dos generos de instituciones de herederos; vna institucion simple, y otra fiduciaria. De la simple no ay que tratar aqui, de la fiduciaria dirè algo al presente.

123 En la *l. Quidam cum filiũ 46. ff. de hæredib. instit.* estando determinado vn testador de instituir por heredero a vn hijo de familias; pero con intento de que su herencia no se adquiriesse al Padre, lo comunicò con el hijo; el qual temiendo, que si la institució se hazia debaxo de condicion, *si à Patre emanciparetur*, se ofenderia el padre; instò con el testador que instituyesse vn amigo suyo *ignotus testatori*, assi lo hizo, dexando en su confiança el beneficio de el heredero deseado, sin pedirle cosa alguna; *nec quidquam ab eo petitum est*. Tergiversando, despues el escrito, y recogiendo todas las circunstancias, y congeturas el I. Consulto Africano, respondiò, que contra èl se auia de dar al hijo, yà libre de la potestad de el padre la accion *mandati*, y que esta auia de ser invtil al padre mientras durasse la patria potestad, y el derecho de la adquisicion. Porque la confiança, y la destinacion de el testador, fue solo para el hijo. Quien viesse instituido a vn tan estraño, que no era conocido del testador, podria hazer el discurso que quisiesse, viendo que absolutamente quedaua dueño de su hazienda; y en esta institucion està embebido diferente fin, porque nada del interès era del instituido, y todo era para el q̃ el testador querria honrar: esta es vna especie de fiducia, y no me parece detenerme mas en la explicacion de el texto, que notan para los efectos de derecho que contiene vltra Clasicos, vsque ad Cuiac. *tract. 2. ad African.* Mantica *de coniect. lib. 3. tit. 4. num. 6.* Arias Pinell. *in l. 3. C. de bonis matern. num. 27.* Anton. Quesada *diversar. qq. iuris cap. 5. ad finẽ.* Dom. Pichard. *in lectur. de adquir. hæredit. cap. 15. num. 12.* Dom. Molina *lib. 1. cap. 17. numer. 19.* Antonius Faber *lib. 14. coniect. cap. 3.*

124 Otra es (en que tiene algun interès el heredero fiduciario aunque no todo el de la herencia) la que se propone debaxo de los terminos de heredero fiduciario, *in l. Seius Saturninus 46. ff. ad S. C. Trebell.* Seio Saturnino Archigu-berno, ò como explicò Iuan Seldeno *lib. 2. maris clausi cap. 5.* General de la Armada Britannica, dexò por heredero a Valerio Maximo, Trierarcho, que es Cabo de quatro Baxeles, para que llegando a diez y seis años su hijo Seio Oceano se la restituyesse. Muriò el padre, y muriò el hijo antes de los diez y seis años; y moviòse la controversia entre Mallio Seneca, pro-

ximo abintestato del hijo, y entre el heredero escrito por el padre, que decidiò con gran juyzio el Consulto, indagando la voluntad de el padre, por las circunstancias de la institucion en aquellas palabras: *Scilicet si prorogando tempus solutionis tutelam magis hæredi fiduciario permisisse quam incertum diem fideicommisso constituisse videretur.* El padre era militar, el sugeto de quien confiaua tambiē lo era, que no podia ser tutor, aunque quisiesse por las leyes Romanas, *l. sed & milites* 8. *in princ. & §. vlt cum* 11. *seqq ff. de excusat. tutor. §. Idem & in milite* 14. *inst eod tit l. militia* 4. *C. qui dari tutores possint.* Por esso no tuvo mas medio q̃ dexarle por heredero, por dueño fiduciario, ò de cõfiança, como dize el texto, y explicaron con mas generalidad Budæo *in priorib. annotat. ad Pandect. in l. 2. de origin. iur. versic. Vindicias*, y mas individualmente Cuiac. *lib. 26. observat. cap.* 21. Con que preuino el riesgo de la tutela, si la dexasse a otro menos conocido, propter lubricum tutelæ, dixo Papiniano *in l. 3. §. Cum Pollidius ff. de vsuris.* Y assi no le llevò el interès del que instituyò, sino el cuydado, y la guarda de los bienes, que reservaua para su hijo. Por esso Cuiacio desentendiendose de la letura comun deste texto, lee *catorze años*, en lugar de lo que dize, *quando Seio Oceano llegare a diez y seis años*. Porque le pareciò, que no queriendo el padre prevenir mas de que su hijo no tuviesse tutor, se conseguia esto, con dilatar la entrega, ò restitucion de el patrimonio a la edad en que se acaba la tutela. A mi me parecia que e fue otro el intento del padre; y que seria, que el fiduciario guardasse la herencia a su hijo, hasta que se pudiesse alistar en la misma milicia naval en que el padre professò; porque si bien no podian dar nombre a la terrestre hasta diez y siete años cũplidos, y diez y ocho començados, como fundè *lib. 5. Opusculor. cap. 5. numer.* 36. podian los Romanos alistarse en la maritima a los diez y seis años començados, como podrà constar de dos lugares de Livio *lib. 22. & 27. ab V. C.* y que entonces le hiziesse dueño de su hazienda. Esto congeturò el Consulto Iavoleno, para responder, que no auia sido mas que heredero en confiança, sin intento de acomodarle de la herencia, ni permitirle mas que la custodia, y sin quitar a el hijo el verdadero dominio, ni a sus herederos abintestato. Ità Cuiac. *d. lib. 26. observat. cap.* 21. Antonio Faber *de error. Pragmat. decad.* 31. *error.* 1. *post medium.* Dom. Larreatigui *lib. 5 select. cap. 8. num. 4. & 6.* En este caso no se puede tratar de la precericion de el hijo, ni de si valiò el testamento, no estando instituido, ò exheredado, como requeria la Iurisprudencia antigua, *l. inter cætera* 30. *de lib. & posth.* Porque aunque naval, era soldado el testador en quien no se requiere esta observacion, *l. vnica. §. Item Nauarchos. de bonor. possess. ex testament. milit.* como repararon Costa *in §.*

Et

Et quid ʃi tantum 1.*part. numer.*62. Vazquez Menchaca *lib.*3.*de ʃucceʃʃ. creat.* §.24.*num.*14.*verʃic. Milites,* Caldas Pereyra *in l. ʃi curatorem habens, verbo Laʃis num.* 89.*verʃicul. Peculium caʃtrenʃe*. Pero es cierto tambien, que ſi fuera pagano, y exheredara en eſte caſo al hijo para cumplir con la ſolemnidad de la ley, no ſe diera contra eſta exheredacion quærela inofficioſi teſtamenti; porque no es inofficioſa, eſto es, hecha contra la piedad que el padre deue al hijo, ſino con buena intencion, bona mente, non mala mente, non notæ cauſa, para que los bienes lleguen a ſu tiempo a èl, ſin rieſgo, que no produce quærela; la qual no ſe origina de la exheredacion, ſino de la inofficioſidad, *l. multi* 19.*ff. de liber. & poſth. l. ʃi patronus* 12. §. *Si quis non malamente, ff. de bonis libert.* Explicant Coſta *vbi proximè*, & Caldas *verʃic. Ex cuius d. num.*89. Faber, & Dom. Larreatigui.

125 Eſta vltima nota ſervirà deſpues; aora paſſemos a la tercera eſpecie de fiducia, ù de inſtitucion hecha en confiança, mas propropria de nueſtro inſtituto; porque no es de nudo miniſterio, còmo la primera, ni de interès temporal, como la ſegunda, ſino de herencia dada en propriedad, y goze pleno; para que el heredero deſpues de ſus dias diſponga, como le comunicò el teſtador. Proponeſe eſta eſpecie, *in l. vnum ex familia* 67. §. *Item Marcus* 10. *ff. de legat.* 2. Inſtituyò vn Padre de Familia à ſu muger por heredera, ſin carga, y ſin gravamen alguno, teniendo hijos de ella; en eſto ſolo ſe diferencia de nueſtro caſo, no ſe halla que inſtituyeſſe à ſus hijos por heredetos, ni à quien; porque la queſtion no venia à eſte propoſito, no es impropriedad ſuponer lo que ſupongo, que inſtituyò a la muger, como lo ſupuſo la gloſſa de Accurſio. En el teſtamento puſo eſta clauſula, *non dubitare ʃe, quodcunque vxor eius capiʃʃet, liberis ʃuis redditurum.* Palabras, que demueſtran la confiança, que hizo el marido de la muger; pero no de precepto; y tambien lo nota la gloſſa, ò ſu addicion, *verbo Honor.* ibi: *Vtrum autem debeant confidere in eorum vxoribus? Dic, quod ʃic; vt per hunc textum.* Como la muger deſpues menos atenta a la voluntad inſinuada de ſu marido, quiſieſſe diſponer de lo que la dexò, no en fauor de ſus hijos, ſino de otros: los hijos recurrieron al Emperador Marco Antonino, intentando, que no ſe la auia de permitir aquella libertad. Y el Emperador por ſu reſcrito declarò, que aquellas palabras, que no ſonauan mas, que a confiança, inducian neceſsidad de fideicommiſſo, teniendola por grauada de reſtituir à ſus hijos todo lo que la huvieſſe dexado ſu marido. Y dize aſsi Papiniano: *Quod reʃcriptum ʃummam habet vtilitatem, ne ʃcilicet honor bene tranʃacti matrimonij, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre præʃumpʃerat. Et ideo Princeps prouidentiʃsimus & iuris religioʃiʃsimus, cum fideicommiʃsi verba ceʃʃare ani-*

madverteret, cum sermonem pro fidei-commisso rescripsit accipiendum. Bien reconociò el Emperador, que no auia palabras que induxessen gravamen; pero juzgò que no era biẽ dexar engañado al marido en su confiança, por esso, y como Principe Soberano la obligò à que cumpliesse, como si el marido huviesse expressamente cuidado de sus hijos, cargandola del fideiccommisso, y obligacion de restituirles, lo que la dexò. Agnoscunt post glossam, & Clasicos, vsque ad Cuiacium, *lib.19.qq Papinian. in eodem text.* Peregrinus, *de fideicommissis, artic. 1. maximè. num.*49. Costa *in l.Si ex cautione, C.de non numer. pecun. verbo Compellitur, vers duodecimo fallit num.6.& lib.1. Select. cap. 7. num.*4. Anton. Faber. *lib.2. coniectur. cap.2.& 3.* Gaspar Schifordegherus. *lib.3.qq. forens. ad Antonium Fab. tract.14. quæst.*3.

126 Con estos supuestos, que en derecho son conocidos, aunque no triuiales, veremos que entidad tenga el poder otorgado en Toro por el señor Conde-Duque. En quanto à la ocasion hazese estando apretado de enfermedad aguda, su Excelencia, quando el disponer por extenso, y como lo tenia premeditado, ni podia parecer conueniente a la esperãça de su salud, ni posible a el aprieto del accidẽte. Esto que es solito, y lo que se haze en semejantes ocasiones, como de experiencia notò Mieres *de maioratib.1. part. quæst.*48. *num.*191. ni se puede cavilar, ni dezir nueuo, ò insolicito. En quanto al dezir, que tenia comũnicadas sus disposiciones con la señora Condesa su muger, como el poder dize, y despues se ponderarà mas de proposito, es tan verosimil, que el negarlo seria casi temeridad; siendo tal muger, y de tan loable fama, que fue lo mas, que apreciò el siglo; pues aun sin esta circunstãcia, que tanto monta, qualquiera muger propria por serlo, se presume socia, & conscia omnium secretorum mariti, como la llamò Iustiniano *in Autent. vt Iudices sine quo quo suffragio, §. Hæc omnia.* Por aquella estrechissima compañia, ò comunicacion, divini humanique iuris, que aun los Gentiles no ignoraron, de que hizo vn largo discurso Aristoteles, *lib.1. Politicor cap.2.* De quien lo tomaron Ciceron, *lib. 1. officior.* ex illis verbis: *Prima societas in ipso coniugio est. proxima in liberis* Modestino *in l.1. de ritu nupt.* Y el Emperador Gordiano *in l. Aduersus 4. C. de crim. expilatæ hæredit.* Quam partem illustrant Tiraquellus *in l.12 conubiali à princip.* Don Ferdinandus de Mendoza *pro confirmãdo Concil. Illiber. lib.3. cap.14.* Lælius Mancin. *de triplici iuris collat lib.1. cap.3. 8. & 9.* Brisson. *in lib. de ritu nuptiar. pagin. mihi 214. in magnis*, Angelius *tom.1. Reip. Anseatica cap.3.* Rævard. *lib.2. coniectaneorum, cap* 10. Que la institucion que de ella hizo, fue en confiança, por la que de su persona tenia, que dispondria de su hazienda con el amor, y atencion à su hijo, y familia, que el mismo dispusiera, consta de la clausula, ibi: *Teniendo la*

sa-

satisfacion; que es justo de la señora Doña Inès de Zuñiga mi amada, y querida muger, con quien he comunicado en diferentes ocasiones las cosas de mi conciencia, &c. Y si se dixere, que esta es clausula consueta de todos los poderes para testar, segun la nota que trae Monterroso, *en el tratado 7. fol. mihi* 128. se responde, que refiriendola a lo especial de auerla instituido por heredera, y a la probança, que se hizo, y se dirà despues, se reconoce ser significatiua de la confiança, que el señor Conde Duque, para sus disposiciones, hizo de la señora Condesa su muger; de que nadie puede ser mejor testigo, que su Excelencia en la execucion de este poder, de que se hablarà a su tiempo. No faltò, ni señora de sus prendas, y calidad podia faltar al honor de vn tan biẽ concordante matrimonio, y a la fee, que à tal marido deuia; antes ninguna cosa procurò mas, que dexar en todo cumplida su voluntad, rico, y engrandecido su hijo, y nieto, hasta llegar à adoptarle; y en todo, como la tuvo entendida, aqui no cabe èl, *qui melius de matre præsumpserat*, que dize *el §. Item Marcus*; porque diò quanto cumplimiento pudo a lo que su marido la comunicò. Gozò los bienes mientras viviò; porque pudo en virtud de esta institucion, y tan geminadas disposiciones, que en todas se le concedia este gozo. Para morir (tomando muy poco arbitrio, y esse justo) los bolviò a quien su marido quiso. Este fue el poder de Toro, esta la institucion de heredera, y para este efeto, y esta la cõfiança del señor Conde Duque, de que tãto se han dado por desentidos los Abogados del señor Marques de Leganès.

127 Con esto cessaràn todas las oposiciones, que contra la entidad del poder se hazen. Dizesse, que se olvidò de su hijo, y que instituyò a su muger, que en suma es persona estraña; y traense vnas doctrinas del que instituye a su muger (no es decente en materia tã seria, poner las circunstancias con que hablan Rodrigo Suarez, Menochio, Pereira, y otros) y olvida à su hijo, que se presume furioso; pero no son deste caso; pues quien le dexa con tal encomienda, y patrocinio, no le olvida, como poco ha deziamos en los dos textos põderados. Dizesse tambien, que el auer cumplido la señora Condesa tan exactamente con la obligacion, en que la puso la confiança de su marido, fue accidental, pues pudiera no cumplir. Larga Theologia es esta, fidem fallere en materia tan graue, y de tanto interès, como su Excelencia reconociò, y cõfessò. Vltimamente se dize, que es acto desacordado borrar vn testamento tan apensado como el del año de 642. con vn poder, que en lo que mira a lo dispositiuo del testador, se encierra en quatro palabras: *Instituyo à mi muger por mi heredera.* Y no escuso, aunque breuemente, hazer aqui cotejo, ò paralelo de vna disposicion, y otra. Supongamos que muerto en Toro el señor Conde Duque en tan di-

diferente fortuna de la en que estaua quando testò, se abriesse alli aquel testamento con tan dilatadas espectatiuas, y tan magnificas dotaciones, y fundaciones, y medios insuficiẽtes: Què se dixera por los hombres de juizio de tal voluntad? No quiero yo dezirlo, sino dexarlo a la censura de los señores Iuezes. Del poder que otorgò nada se pudo dezir, ni dixo mas de q̃ la enfermedad no le diò tiempo para poder disponer por si mismo. Diòle a quien le debiò dar, y de quien pudo formar la mas segura confiança, contiene todas aquellas clausulas, que semejantes instrumentos deben contener, hasta la de institucion de heredero, y reuocacion de otros testamentos; supone lo que es verisimil, y cierto, que en muchas ocasiones, que seria despues que los dos estuvieron en Toro, auia comunicado su voluntad con la señora Condesa; esto executa, por morir en esta cõfiança, que no le saliò incierta, y apartarse de la disposicion que ya tenia por impracticable. Pues dõde està la breuedad que se culpa voluntariamente?

128 Tutidano fue tenido en Roma por loco, sus acciones lo manifestauan; porque con la Toga barria el polvo, y lodo de las plaças, trayendola colgada de los ombros arrastrando: *Quam certæ, quam etiam notæ insaniæ Tutidanus? vt potè qui populo nummos sparserit, togamque velut tragicam vestem in foro trahens maximo cum hominum risu cõspectus fuerit, ac his multa consentanea fecerit.* Dize Valerio *lib. 7. sua historia miscellæ cap.* 8. §. 1. Hizo testamento acordadamente, instituyendo por heredero a su hijo, y disponiendo lo demàs con el mismo tiento. Impugnòle Tito Longo, pariente mas proximo, hastæ iudicio, quiere dezir en el juizio de los Centum. Viros, que conocian de todas las causas testamentarias, *l. vltim. C. de petitione hæredit.* De quo hastæ iudicio quædam dixi *in Aduersarijs meis, cap.* 16. Pero saliò vẽcido, y el testamento declarado por legitimo: *Magis enim Centum-Viri, quod scriptum esset in tabulis, quam quis eas scripserit considerandum existimarunt.* Concluye Valerio. No defiero tanto a el exemplar, ù decision destos Iuezes, que me atreua a dezir, que el testamẽto de vn declarado furioso, se debe sostener, si es por si provido, y prudente, como han dicho no pocos Autores; porque sè que el acertar vn loco es accidẽtal, y que no haze justa voluntad, qual se requiere por derecho, como enseñan judiciosamente Mascard. *de probation. conclus.* 825. *num.* 15. & 16. D. Castill. *tom.* 4. *cap.* 28. *num.* 47. Pero dos presumpciones me parecen muy naturales, y que se deben seguir in iudicando, & consulendo. La primera es, aunque aya recelo, ò duda no ligera, si quando testò estaua frenetico, ò no: si parece vna disposicion cuerda, y atinada, conforme a el estado presente de las cosas; y de tal calidad, que qualquier hombre de sesso la hiziera assi, se debe presumir, que quando la hizo

zo estaua en sano juizio. Ita post alios antiquiores Roderic. Suar. *allegat.* 1. *num.* 2. *&* 10. Boher. *decis.* 23. *num.* 88. Cald. Pereir. *consil.* 24. *num.* 6. *& in Comment. ad rub. de inofficios. testam. num.* 29. Cæsar Argel. *de adquir. posses. ex l. vltim. C. de edict. D. Adr. Tollend. quæst.* 3. *artic.* 1. *num.* 10. *&* 62. Farinac. 1. *part. fragmentor. crimin. verb. Furor. nu.* 335. Mascard. *de prob. conclus.* 1049 *num.* 15. Noguer. *allegat.* 25. *n.* 69. Selsè *vol.* 1. *decis.* 56. *num.* 6. Paul. Zach. *quæst. medico legal. tit.* 1. *quæst.* 3. *num.* 28. La segunda es, que si era furioso, ò frenetico; pero tenia intermissiones del furor, ò luzidos intetvalos, es vehemẽte presumpcion la que resulta de vna disposicion cuerda, para entender que se hizo no en tiempo del frenesi, sino de la intermision, Farin. *vbi proxim. num.* 331. Castill. etiam *vbi proximè num.* 49. Cyriac. *volum.* 2. *controuers.* 329. *à num* 32. qui multos cieunt.

129 Por el contrario, si parece vn testamento, que instituye vna persona sospechosa, de que negociò la institucion por halagos, y malas artes, con olvido de los proprios, y aun de los hijos, hecho con mas brevedad de la que pide el acto, con brevedad desvsada, respecto de lo que se suele ordenar en otros testamentos, no con aquella forma, y breuedad, que es propria del instrumento que se otorga, Rota apud Farinac. 1. *part. recentior. decis.* 384. *num.* 10. & apud Cavaller. *decis.* 622. *num.* 1. Parisio *lib.* 2. *consil.* 88. *numer.* 45. por vn testador, cuyo juizio estava dudoso, ò era furioso, ò frenetico con intermisiones; serà muy veemente presumpcion de insania la que de la imprudente disposicion resultare, Anton. Thesauro *qq. for. lib.* 1. *quæst.* 56. *num.* 10. Alexander Raudens. *decis.* 45. *à num.* 52. Y este quizàs serà el caso (porque los Iuris-Consultos raras vezes declaran todas las circunstancias de el hecho) de la *l. quidam in suo* 27. *ff. de condit. instit.* de el testador, que mandò a su heredero, arrojasse sus cenizas, sus huessos, sus reliquias, ò su cadaver en el mar; dize, que no serà reprehensible, sino cumpliere el precepto; antes serà digno de alabança, si memor humanæ conditionis corpus sepulturæ tradiderit, pero recogesse assi: *Sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem conditionem inseruit, neque compos mẽtis esset.* Y por ser vehemẽte la presumpcion de insania, que milita contra el testamento por tal disposicion, carga al heredero escrito de probar la sanidad de el juizio, no como quiera, sino *perspicuis probationibus*, que a menos probança obtendrà el legitimo veniente abintestato, que funda en su presumpcion, Roderic. Suar. *d. allegat.* 1. *num.* 10. Matheo de Afflictis *decis.* 143. *num.* 4. Iacob. Mandel. de Alva *consil.* 414. *num.* 36. *&* 37. Ioannes Franciscus de Ponte *lib.* 2. *cons.* 149. *num.* 11.

130 En estas doctrinas todos deuemos convenir; pero falta aplicarlas al assumpto: veamos que impropriedad tenga, otorgar vn

poder para testar vn enfermo apretado de enfermedad aguda: dexarle a vna señora, de la calidad, prudencia, y virtud, de que fue dotada; muger propria, digna de tan grande estima, y confiança, dexarla comunicadas las cosas de su disposicion, y encargada de su hijo, y familia, instituyendola sola mente para esso? Yo cierto que no la hallo; luego qualquier varon prudente darà por prudente esta disposicion, y por arreglada al tiẽpo, y estado en que se hizo? Si esta se pusiesse en cotejo con la del año de 1642. aun antes que estuviesse executada por la señora Condesa, tan pia, y prouidamente, como la executò, llenando todas las esperanças, y confiança de su marido; quien diria que era sana la de 42. y insana la disposicion de el poder? luego que ningun Iuez lo diria mirando ambas disposiciones, cõ la especulacion, y juizio que deue. Luego de la entidad del poder, no solo no nace presumpcion de insania, como se ha dicho, y repetido con tanta animosidad; sino antes resulta la mas eficaz, y vehemẽte presumpcion de sano juyzio, que se puede ponderar. A esto se añadiò en la informacion de Granada, que en auer antepuesto la señora Condesa en el testamento que hizo la Casa de Medina de las Torres a la de Leganès. Siendo el posseedor de la Casa de Medina, totalmente estraño, y el de la de Leganès, primo hermano de el señor Conde Duque; excediò, y faltò a el respecto, y vinculo de la sangre, y a la voluntad de su marido. Pero quando tratemos de aquel testamento satisfarèmos a este escrupulo.

Punto Segundo del §. Quinto.

Que el poder de Toro consta de la solemnidad que piden las leyes de el Reyno para èl.

131 Examinado en esta instancia de propriedad, Bernardino de Benavides, por cuyo testimonio passò el poder para testâr, de que se trata, dize, que le hizo conforme a la nota de Monterroso, *Memor. numer.* 1590. como se dirà despues. Yà se sabe de quãta autoridad sea este libro, y sus notas, pues dèl hizo tan graue elogio Bobadilla *lib. 3. de la Politica, cap. 14. num.* 81. como dezir: *Y esta practica tuvo expressamente Monterroso, al qual no dudamos de alegar, por tenerse por cierto, que su obra fue de vn Consejero grauissimo.* Y Carrasco de el Saz *ad quasdam leges Recopilat. cap. 6. §. 4. num.* 23. le citò tambien de esta suerte, hablando de Zevallos: *Et ante eum Monterroso, ò quien fue el que hizo aquella practica, que muy bien puede, y deue alegarse in iudicando, & consulendo, porque se entiende auer sido compuesta por vn Oydor de Valladolid, el qual por ser en romance la puso en nombre de su criado; vt audiui à probis, & fidedignis viris*, y acreditò con la censura que todo Don Nicolàs Antonio, Cauallero del Abito de Santiago, Agente de su

su Mageſtad en Corte Romana en ſu admirable Bibliotheca 1. *tomo ſub hoc ipſo nomine Gabrielis Monterroſo.* Siguiendo, pues, Benavides a vn tan ſolido, y famoſo Auctor de notas de Eſcrivanos, ni ſe puſo a peligro de errar, ni fuera culpable, quando ſegun los apices de derecho huuiera errado alguna coſa; por la doctrina comun que enſeña, que no peca en el oficio el Iuez, que para la determinacion de la cauſa ſigue la opiniõ de vn famoſo Doctor, vt teſtantur Decius *in cap. 1. de poſtulat. Prælator. num.* 44. Menochius *lib.* 2 *præſump.* 71. *num.* 25. & 51. Hieronymus Zeuallos *in præfatione commun. contra comm. ex num.* 16. Dom. Pichardus *princip. inſtit. de obligat. quæ ex quaſi delicto, num.* 13. Pater Sanchez *in præcepta decalogi, lib.* 1. *cap.* 9 *numer.* 7. & 8. Nauarr. *in manuali, cap.* 27. *num.* 88. Azor *inſtitution. moral. tom.* 1. *lib.* 1. *cap.* 17. *quæſt.* 6. Illuſtriſsimus Archiep. Tapia 1. *tom. Cathena moralis lib.* 1. *quæſt.* 8. *art.* 11. *maximè num.* 12. & *ſeq.* Que deue entenderſe tambien de qualquier Miniſtro de juzgado; mayormente, no auiendo quien en eſta nota repruebe a Monterroſo, que es ponderacion tambien de algunos de los Auctores citados. Cotejarèmos, pues, el lugar de Monterroſo, que imitò, y ſus notas marginales con el poder, y ſe reconocerà que no le falta ſolemnidad alguna de las que nueſtras leyes requieren.

132 Hallaſſe el poder del ſeñor Conde Duque, en el *Memor. num.* 180. y la formula dèl, en Monterroſo *tract.* 7. *de las eſcrituras fol. mihi* 128. En vno, y otro ſe leen las miſmas clauſulas cõſuetas. La primera, la ocaſion q̃ es la grauedad de la enfermedad. La ſegunda, la eleccion de quien nombra, con la clauſula, de auer comunicado ſu conciencia tan puntualmente obſervada por Benauides, que vſa del miſmo termino, y no mas. La que ſe ſigue de darle inſolidum à cada vno, no fue neceſſaria en eſte poder; porque ſolamente ſe diò a la ſeñora Condeſa. La general, que ſe ſigue, para que pueda diſponer, &c. No puede eſtar en la formula; porque ſe daua a la miſma, que quedaua inſtituida por heredera vniuerſal; à que ſe ſigue la libre, y abſoluta diſpoſicion del patrimonio, aunque cõ la confiança que ſe dixo en el punto antecedente: Tiene ſeñalamiento de ſepultura, nombramiẽto de albaceas, y inſtitucion de heredero; y vltimamente revocaciõ de otros qualeſquier teſtamentos, codicilos, y poderes que ſe huvieſſen dado para teſtar; para que ninguno valga, ſino es eſte, y el teſtamento, que en ſu virtud fuere fecho. No tiene en Mõterroſo clauſula, en que el Eſcriuano declare, que el que dà el poder eſtaua en ſu juizio; ni eſte la tiene; y repreguntado por el ſeñor Iuez Comiſſario de las probanças en eſta inſtancia de propriedad, como, ò porque la omitiò, ſabiendo que el ſeñor Conde Duque auia padecido freneſi en aquella miſma enferme-

medad, y acostumbrandola a poner en otros testamentos que auia otorgado (de que se han presentado testimonios; pero no de poderes para testar, porque de estos ningun testimonio se hallò que presentar en que huviesse puesto tal clausula) respondio, *num.* 1190 *del Memorial* con estas palabras: *Dixo, que el poder para testar se compone de diferente forma que el testamento; porque el dicho poder solo lleua las tres clausulas, de sepultura, testamentarios, y heredero, y a quien se dà para que teste, y en lo demàs es vn poder corriente. Y los testamentos se ponen con diferente estilo. Y cumpliò en la forma de hazer el poder, con lo que todos los Escriturarios assientan.* Aqui no nombrò a Monterroso, pero hizolo en otra parte, como se dirà en su lugar.

133 En quanto al numero, y calidad de los testigos, la nota de Monterroso, que precede al poder dize assi: *Lo quarto, en el tal poder ha de auer cinco testigos, ò tres, que sean vezinos del lugar donde se otorgare el poder; y el Escriuano dè fee de que conoce al otorgante, ò lo juren dos testigos y el otorgante lo firme; y no sean de los testigos prohibidos por las leyes, los quales estàn puestos en los testamentos.* Cita la *l. 13. tit. 4. lib. 5. de la Recopil.* que en quanto a los testigos, dize assi. *En el poder que se diere al Comissario para fazer todo lo susodicho, ò parte de ello, intervenga la solemnidad del Escriuano, y testigos que segun leyes de nuestros Reynos han de intervenir en los testamentos y de otra manera no valgan, ni fagan fee los dichos poderes.* Quæ est *l. 36. Taur.* Yo no quiero cargar de mas noticias a Bernardino de Benavides, que las que deviò adquirir de su Paysano Monterroso, y los demàs que èl llama Escriturarios; ni a vn Escrivano se le deue pedir mas, aunque sea tan diestro como este. Quando pide Monterroso, que los testigos sean vezinos del lugar donde se otorga el poder, es quando no son mas de tres. Puso cinco estantes, y todos conocidos, como son Don Luis del Alcazar, Cauallero del Abito de Santiago. El Licenciado Pedro Martinez, Capellan del Marques de Mairena. D. Diego Daraque, Capellan de la señora Condesa. El Doctor Cypriano de Maroja, Medico, vezino de la Ciudad de Valladolid. El Doctor Lazaro de la Fuente, Medico de el señor Conde Duque. Con que cũpliò con su arte, diò fee de el conocimiento de el otorgante; y solo abundò en vna circunstancia que hizo que firmassen todos los testigos el otorgamiento de el poder, estableciendo con esto su asistencia al acto. Esta es la forma del poder, y este todo su artificio, que por varios medios se ha impugnado en todas las informaciones contrarias.

134 Antes que entre a dezir mas por menor lo tocante a las oposiciones, pondrè delante vn reparo. Por vna parte acusan este poder de defectuoso, porque no dize en èl el Escrivano que el señor Cõde Duque estaua en su juizio. Por otra le acusan de demasiado caute-

teloſo; porque tomò las firmas de los teſtigos inſtrumentales; y de vna, y otra circunſtancia, ſiendo contrarias, cautela, y deſcuydo, ſacan eſta conſequencia. Luego falſario es el Eſcrivano? Acuerdaſeme en eſte genero de opoſiciones la acuſacion, y la defenſa del Phyloſopho Apuleio, dize aſsi *en la primer Apologia*, ſiguiendo la particion de los que diuiden aquella doctiſsima accion en dos partes: *Votum in alicuius ſtatuæ femore aſsignaſti; igitur Magus es: aut cur ſignaſti? Tacitas praces in Templo Dei allegaſti; igitur Magus es: aut quid optaſti? Contra, nihil in Templo præcatus es; igitur magus es: aut cur Deos non rogaſti? Dies me deficiet ſi omnia velim perſequi, quorum rationem ſimiliter calumniator efflagitabit.* Antes auia dicho, con la miſma viueza, y elegancia: *Non ne vos puditum eſt hæc crimina tali Viro audiente tam aſſeueranter obiectare? Friuola, & inter ſe repugnantia ſimùl proponere, & vtraque tamen reprehendere? An non contraria accuſatis?* A la parte de auer ſido cauteloſo el Eſcriuano, haziendo que firmaſſen los teſtigos el poder, ſiendo el inſtrumento abierto, y no ſiendo neceſſario que firmaſſen, viene tambiẽ cortada la *l. teſtamentum* 17. *C. de teſtament.* ibi: *Teſtamentum non ideò infirmari debebit, quod diuerſis hæc deficiens nominibus appellauit, cum ſuperflua non noceant. Namque neceſſaria prætermiſſa imminuunt contractus, & teſtatoris officiunt voluntatis; non abundans cautela.* Eſtà eſta ley ſacada de la *l.* 3. *C. Theod. eod. tit.* que proſigue aſsi: *Ne patimur ſidem conditi arbitrij ob hoc debere conuelli, ſi aut maiorem in principio ſignatorum, aut minorem, aut nullum numerum conditor ſuæ prædixerit voluntati; cum quinque huic non ignari ſubſcripſerint teſtamento.*

135 Veamos yà, ſi para el mas eſcrupuloſo Letrado tiene el poder algun defecto en la formalidad. La ſolemnidad que ſe deue guardar en los teſtamentos en eſte Reyno; es, la que ſe pone, *in l.* 1. *&* 2. *titul.* 4. *lib* 5. *Compilat. & in l.* 3. *Tauri, quæ eſt d. l.* 2. à que ſe reducen todas las leyes del derecho comun, y de las Partidas, como conuienen los Autores del Reyno. *En la l.* 1. ſe puſo el numero, y calidad de los teſtigos con harta diſtincion, y con todo eſſo ſe omitiò el caſo deſte poder, que es, ſi quando ſon cinco, y ſe otorga ante Eſcriuano publico; han de ſer vezinos del miſmo lugar donde ſe otorga el teſtamento. Reconoceràſe diſtinguiendo los caſos. El primero es, quando ſe haze ante Eſcriuano, y tres teſtigos: en eſte requiere, que ſean vezinos del lugar: El ſegundo es, quando ſe haze ſin Eſcriuano, con cinco teſtigos, tambien quiere que ſean vezinos del lugar. El tercero es, quando no ay tantos vezinos del lugar. De que no tratamos por ſer Toro Ciudad populoſa; pone para eſte caſo las palabras ſiguientes. *Y ſino pudieren ſer auidos cinco teſtigos, ni Eſcriuano* (ſuple, que los tres vezinos le pueda otorgar) *à lo menos ſean preſentes tres teſtigos*

vezinos del tal lugar. El quarto es, del que se haze con siete testigos sin Escriuano: este vale, aunque no sean vezinos. La ley siguiente, en quanto a los testigos no alterò cosa alguna; solo añadiò dos cosas. La primera, que se entendiesse en el testamento abierto: La segunda, que se entendiesse tambien en los codicilos, y testamentos hechos entre hijos, y descendientes.

136 Dizen los Autores, que el numero de siete testigos, por tantos, quita qualquiera sospecha, por el qual se suple la vezindad, Antonius Gomez *in l.* 3. *Taur. n.* 47. Matienços *in d. l.* 1. *glossa* 7. *n.* 1. & ibi: Acebed. *num.* 25. Villadiego *in Foro Iudicum. l.* 11. *tit.* 5. *lib.* 2. *à num.* 5. Martinez de Olano *in antinomijs litt. T. num.* 4. Flores de Mena *lib.* 1. *variar. cap.* 1. *num.* 1. Vazquez Mench. *de succes. creat.* §. 21. *num.* 20. Dizen tambien, que el Escriuano sirue de dos testigos, por ser persona publica, Alphons. de Villadiego *vbi proximè, num.* 7. Menchaca etiam *vbi proximè, n.* 18 Matienços *in d. l.* 1. *gloss.* 3. *n.* 6. & *glossa* 7. *num.* 3. & *in l.* 2. *glossa* 4. *n.* 5. Palacius Rubius, *in l.* 3. *Taur. n.* 44. D. Couarrubias *in cap. cum esses, de testament. n.* 2. *versic. Etiam illud.* De que concluye Aceuedo *in d. l.* 1. *num.* 21. & *seqq.* & *num.* 35. & *in l.* 2. *num.* 27. que para que no se necessite de la calidad de vezindad en los testigos, lo mismo es que sean cinco con Escriuano, que siete sin èl; y assi es buena cautela de los Escriuanos, que en Ciudades grandes otorgan testamentos ante cinco testigos, con que euitan los pleytos, que suelen ofrecerse sobre la calidad de la vezindad, quando no son mas de tres; que no ignoraria Bernardino de Benavides, por auer sido Escriuano de grã pericia, y experiencia en su oficio; en que nadie que le conociesse dudaria.

137 Y de camino notarè vna nimiedad, y escrupulo en el poder, para que se reconozca la puntualidad, y reserve, con que en todo procedia. Bien pudo en la cabeça del poder dezir, que el señor Conde Duque era vezino de la Ciudad de Toro; porque alli vivia, alli tenia su casa, y en otra parte no la tenia; que es lo que dà propria, y verdadera vezindad, *l. Ciues* 7. *C. de incolis, lib.* 10. *l.* 2. *C. vbi Senator, vel clarissimi, l.* 2. *tit.* 24 *p.* 4. con lo que notã post antiquiores *Ignatius del Villar in Sylva responsor. iuris, lib.* 1. *responso* 7. 4. *p. à princip.* Narbon. *in l.* 20. *tit.* 1. *lib.* 4. *Compil. gloss.* 2. *etiam a princip.* D. Amaya *in d. l. Ciues* 7. *ex num.* 69. & *ex num.* 100. Petrus Barbos. *in l. Heres absens.* 19. §. *fin ff. de iudic. ex num.* 80. Gomez de Leon *in centuria decis. decisione* 20. Antonius Fernandez de Otero, *de pascuis,* & *iure pasciendi cap.* 4. *per totum. maximè, num.* 20. doctissimus Menoch. *lib.* 2. *de arbitrar. casu* 86. Mascard. *de probationib. conclus.* 534. Farinac. 1. *part. fragmentorum, verbo vicinus* Carlebal *de iudicijs, tomo* 1. *disputat.* 2. *quæst.* 2. *num.* 81. Con todo esso no dize mas, que *estante en esta Ciudad*

dad de Toro; porque como tan versado en la practica de los negocios, no ignorò, que para que esta tacita aleccion cause vezindad, se requiere comun aceptacion de tenerle por vezino, ò actos que manifiesten este animo, *l. Cum de lanionis* 18. §. *Sabinus*, *ff. de instructo, vel instrumento legat.* iuxta communẽ, nec falsam allegationem multorum apud Oterum, *d. cap.* 4. *num* 4. quam noluit agnoscere, Amaya *vbi proximè*, *num.* 130. *& seqq.* Y como al señor Conde Duque en Toro se le tuviesse mas por detenido, que por domiciliado no quiso llamarle vezino, sino estante. Vide laudato Ignatio del Villar nostri cultissimi D. Nicolai Antonij notam, *lib.* 2. *de exilio*, *& iurib. exulum*, *cap.* 13. *num.* 3. Que fue el titulo que diò a los testigos

138 Oponen tambien otro defecto, que tãpoco se hallarà expressado en las leyes de el Reyno; que los testigos no fueron llamados, y rogados, que era requisito del derecho comun, *l. Hæredes palam* 21. §. *in testamentis* 1. *ff. qui testam. facere poss. l. Iubemus* 29. *C. de testam.* Vlpia. *lib. singul. regul. tit.* 20. §. 9. Paulus, *lib.* 4. *sent. tit.* 4. §. 3. no tan formal que fuesse preciso, el que precediessen rogacion, ò llamamiento; porque bastaua, que hallandose al acto, les hiziessen saber, que les ponian por testigos en el testamento, y que ellos entendidos de esso consintiessen, *d.* §. *In testamentis*, ibi: *Quod sic accipiendum est, vt licet ad aliam rem sint rogati, vel collecti si tamen ante testamentum certiorentur, ad testandum se adhibitos, posse eos testimonium suum rectè perhibere.* Quomodo etiã accipiendus est text. *in l. hac cõsultissima* 21. *C. de testament.* vbi notatur, & de hac antestatione multa adducũt Brissonius *lib.* 5. *de formul.* Guillelmus Forner. *lib.* 2. *Select. cap.* 10. Osuald. *ad Donell. lib.* 6. *cap.* 7. *litt.* E. En fin, siempre se tuuo por bastante que supiessen à que assistiã, y que no fuessen detenidos por fuerza, ni se hallassen a caso, y sin reparo à lo que se hazia, y acto, q̃ se celebraua, Mantica *de coniect. lib.* 2. *tit.* 11. *n.* 14. Gratian. *discept.* 90. *num.* 5. Fachineus *cons.* 24. *num.* 9. *lib.* 2. Flores de Mena, *d. lib.* 1. *variar. cap.* 1. *num.* 21. Matienç *in d. l.* 1. *glossa* 5. *num.* 16. *& gloss.* 8. *num.* 8. & ibi Aceued. *nu.* 55. *& in l.* 2. *eod. tit. num.* 6. Que reducen a este sentido, y vso el rogito, ò rogacion de los testigos; esto es a que sepan del acto a que intervienẽ, y no se hallen tumultuariamẽte, ò acaso; lo qual no carece de razon en acto tan graue, y tan serio; si bien Anton. Gom. *in l.* 3. *Taur. num.* 29. fue de sentir, que por tan leve defecto como este, no se debiera cõtrastar vn testamento. Veamos pues aora, como intervinieron que supieron del acto, y en que conformidad assistieron. Lo que consta del mismo poder fue, que por no poder firmar el señor Otorgante, lo firmaron todos los testigos, y assi se leen todas sus firmas, con esta adicion. *Testigo.* Pues què mayor indicio de voluntad deliberada, de assistir a vn acto, y de autori-

zarle que es esto? Præclare Dionysius Gothofredus *in dict. l. Hac consultissima* 21. illis verbis, loquendo adhùc secundum terminos iuris communis: *Quid si testamento subscripserint? Rogati præsumuntur si modo præsente testatore subscripserint, quod in dubio præsumitur, Bartol. in l. Sciendum* 30. *ff. de verbor. obligat. Non tamèn omnino necessarium est; potest enim fieri vt quis subscribat, nec tamen sit rogatus veluti si absente, & ignorante testatore, vel præsente testatore & tamen invito subscribant.* Puse este lugar a la letra, para que se reconozca la pericia con que los hizo firmar el Escriuano; y no ay q̃ dezir si era tanta, que le huviesse visto, ò no, porque muchas cosas enseña la experiencia, y trato de negocios que no se han leido; pero se han visto practicar a quien las ha leido, y estudiado. Entrò Bernardino de Benavides en vna sala, donde estauan muchos congregados, y no llamados precisamente para aquel acto de testar: en presencia de ellos se otorgò el poder para testar; pues para que en todo tiempo constasse el intento, y deliberada intencion con que assistiã a aquel acto, les tomò las firmas: que fue vn motiuo facil, y natural, y muy conforme a el arte. Pudo ser tambien, que con esta diligencia se cautelasse, para que en ningun tiempo negassen la assistencia en gran perjuizio de su credito, y riesgo de su opinion, que tampoco es reprobable, *disce cautius negotiari.* dixo la *l. Inciuilem* 2. *C. de furtis.*

139 Hazesse otra oposicion, diziendo: El Doctor Cypriano Maroja, vno de los testigos instrumẽtales del poder, examinado en la instancia de tenuta, le contradize. Contradiziendo vn testigo de los del numero, de los que son necessarios falta aquel; con q̃ viene a faltar numero, pues no tiene el poder mas que el que requiere para los testamentos la *l. 1. tit. 4. lib. 5. compil.* no siendo vezinos del lugar los testigos. Luego vacila el testamento *l. 1. § Si quis neget. l. cum abinitio* 4. *cum seq. ff. testament. quemadmod. aperiantur*, vt docent Socin. Senior *lib 3. consf.* 28. *à princip.* Cæsar Manente *cons. 9. num.* 21. *lib.* 1. Caldas Pereir. *consil.* 24. *num.* 20. Esta oposicion equiuoca los terminos, que es necessario distinguir, son tres diferentes. El primero es, quando al principio, y en el otorgar el testamento, se puso vn testigo menos de los que son necessarios, para solemnizar el testamento. Este es el caso en que iure deficit testamentum, *l. Si vnus* 12. *C. de testament.* Y, no es nuestro caso, porque se pusieron cinco testigos, y con Escrivano. El segũdo caso es, quando vno de los testigos de numero niega su assistencia, diziendo, que aunque el Escriuano le puso por testigo, no intervino a tal acto, niega su firma, y para dezirlo en terminos de derecho comun, no quiere reconocer su signo. Tampoco es este nuestro caso, porque el Doctor Maroja no se arrojò a negar la assistencia, ni su firma; pero en este caso, con ser derecha la contradicion, no se declara luego por nulo el testamẽ-

to,

to. Lo que dize la *l.1.§ Si quis neget, ff. testament. quemadmod. aperiantur,* no es mas que *si quis neget sigillum suum agnoscere, non ideò quidem minus aperiuntur tabulæ, sed aliàs suspecta fiunt.* Y assi la conclusion que sacan Bartulo, Baldo, y los Clasicos, es: *Contradictio vnius testis non impedit aperturam testamenti, sed reddit aperturam suspectam.* Porque es oficio del Iuez juntar todos los testigos, ò los mas que pudieren ser hallados. y preguntarlos por el reconocimiento de sus firmas, y sellos, *l. Cum ab initio 4. cum seqq. ff. eod. tit. l.1. tit.2. part.6.* y negando alguno, queda muy arbitrario al Iuez el discernir, si niega con malicia, ò sobornado, ò si dà clara razon de lo que niega; para que no estè en potestad de qualquier testigo deshazer vn instrumento, *cap. cum Ioannes de fide instrument. l.115. tit.18. part.3.* El tercer caso es el mismo de que tratamos, quando no niega la assistencia, como testigo instrumental, antes la supone, y confiessa en su dicho; pero impugna el instrumento por vicio extrinseco, poniendo defecto en el testador, que no estaua a la sazon en su juizio, ò que no vino rogado, y llamado por el Escriuano, ò otros defectos semejantes. Esta se llama impugnacion indirecta; que aunq̃ la haze siẽdo testigo instrumẽtal, no la haze como tal, sino como otro qualquier testigo la pudiera hazer, y no causa nulidad del testamẽto, ò instrumẽto por defecto de solemnidad, ò numero legal de testigos, porq̃ no le ay; pero puede cõtrastarle, si el vicio que èl opone se comprobare con otros; porque no quiero entrar en la disputa, si se puede admitir, ò no a impugnar indirectamente el instrumento al testigo que se subscriviò en èl, por saber que tiene tantas ampliaciones, y limitaciones, que es vna de las doctrinas practicas que quedã sin reglas, en que fixar el pie. Esta distincion de oposicion directa, y indirecta, es comun, y recibida vniformemente, eam docent Bartol, *in d. ct. §. Si quis neget. maximè num. 10.* Felinus *in dict. cap. Cum Ioannes maximè num. 48.* doctissimus Menoch. egregio commentario super his quæstionibus edito *lib.2. de arbitrar. cas.105. maximè numer.32.* Bosius *in tract. criminal., tit. de falsis à num.2.* vbi latissimè Fulvius Pacian. *de probat. lib.1. c.40.* Mascard. *sub eod. tract. lib.1. quæst.6.* Farinac. *in praxi criminal. sub titul. de falsitat. & simulat. quæst.158. part.1. præsertim, num.39. & seq & num 80. & part.2.* Petrus Surd. *cons.378. ex numer.20. & cons.414. ex numer. 80.* D. Couarrub. *lib.2. variar. cap.13. num.11.* Vbi breviter meminit directæ, & indirectæ contradictionis testium. Hieron. Zeuall. *communium contra commun. quæst.43. num.12.* donde pone vn caso que le sucediò en Toledo, que auiendo depuesto tres de los testigos instrumentales contra el testamento, asseverãdo el vicio extrinseco del furor de el testador; con todo no obtuvo, porque dixo el Iuez inferior que auian de ser todos. Pero que obtuvo en la Chancilleria de

Valladolid, por la contestacion. Y concluye asi: *Fateor tamen, quod in hac quæstione multum operabitur arbitrium iudicis, qui cautè, & diligenter inspicere debet personam Tabellionis, & testium, & quis eorum verisimiliora deponat.* Laudatque ibi doctrinam Gregorij *verb Homines in l.117.tit.18 part.3.* quam etiam sequitur Mieres *de maioratib.4.part. quæst.20.num.31.* Dom. Larrea *allegat. Fiscali 96.num. 6. & duob. seqq.* Episcopus Fermosinus *in d. cap. cũ Ioannes quæst. 1. num.* 18. & 19. vbi & Dom. Præses D. Emanuel Gonçalez *num.* 15. accurate tamen, & latissimè Franciscus Niger Cyriacus 3. *tom. controuers. 407. per totam.*

140 Otra solemnidad se hecha menos por los Abogados contrarios en este poder; porque dizen, que no fue rogado, ò llamado de parte del señor Conde Duque el Escriuano, para que le otorgasse. Ayudan su discurso, con dezir, que si su Excelencia huviera mandado llamar Escriuano para otorgarle, mandara llamar a Antonio Garcia, que era el Escriuano de la Casa, y no a Benauides, ante quiẽ no auia hecho otra alguna escritura. En la informacion de Granada se levanta de punto con varias repeticiones, el que el Marques de Mairena dixesse: *Artus, vè bolando, bolando a llamar a Benauides.* Pero ni esta prevencion de el Marques, ni la oposicion tienen fuerça en hecho, ni en derecho, como las demàs. En la sexta pregunta del interrogatorio, se articulò por el señor Duque de Medina, que el señor Conde Duque mandò llamar a el Padre Iuan Martinez de Ripalda, para confessarse, y a Bernardino de Benauides, Escriuano de el Numero, y Ayuntamiento, para disponer de sus cosas, *fol.279. B. del Memorial.* Doña Geronima de Mendoza, *num.* 1066. aunque por ser examinada tanto tiempo despues, dize: Que no se acuerda si le propusieron dos Escriuanos, con todo esso dize, que el señor Conde Duque mandò llamar vn Escriuano para disponer las cosas de su hazienda; y q̃ todos los criados que andauan por alli, dezian: *Vayan a Benauides.* Doña Catalina de Olivares, *numer.* 1072. dize: Que si le propusieron dos Escriuanos, ò vno no lo sabe, mas, de que mandò llamar vn Escriuano, y que vino Benauides. Ana Gomez, *num.* 1077. dize: Que entrando en el aposento, dixo el señor Conde a su muger, que hiziesse llamar al Padre Ripalda su Confessor, para confessarse, y a vn Escriuano, para otorgar su alma, y disposicion. Y que en lo demàs que la pregunta refiere, no reparò mas de que mandò llamar a Bernardino de Benauides; y que quando passò esto, la testigo, y las demas criadas estauan en vna rexilla de alambre, que caìa al aposento del señor Conde Duque, que correspondia al quarto de la señora Condesa a D. Diego de Llamazares, *num.* 1084. dize la pregunta con mucha especialidad, y que avria ocho dias le auia embiado a llamar para esto

mismo, y que se suspendiò, por ir fuera Benauides. El mismo Escrivano examinado, *num.* 1092. dize: Que vino llamado a otorgar el testamento por Artus de Roy, moço de Camara de el señor Conde Duque; y que tiene por cierto seria de orden de su Excelencia, por el conocimiento que tenia con èl. Y añade, que despues de muerto el señor Conde Duque, le dixo el Padre Ripalda, como en sana salud le auia dicho su Excelencia, que queria otorgar su testamento ante el mismo Escriuano. Simon Rodriguez de Vbierna *num.* 1086. que su Excelencia mandó llamar à Bernardino de Benauides, Escriuano, y que el Marques de Mayrena mãdò à Artus, que le fuesse à llamar: Artus de Roy, *num.* 1058. dize, que llamò à Bernardino de Benauides, por mandado de Don Enrique de Guzman. La probança es esta, lo que de todos los autos consta, y de otras preguntas, que à su tiempo se ponderaràn, es; que el señor Conde Duque, quando viò entrar en la pieza en que estaua enfermo, à Bernardino de Benauides, no le estrañò; y que diziendole à lo que iba, reconociò que no iba à cosa no pẽsada por su Excelencia, antes manifestò en ello mucho gusto, y que assi se otorgò el poder.

141 Esto es, en quanto al hecho; veamos aora la disposicion de derecho. Como el Escriuano no es Ministro necessario para otorgar testamento, codicilo, ò poder para testar, no ay ley del Reyno que requiera, que sea llamado, y rogado por el testador, ni de su parte. Con todo esso los Auctores han calificado este requisito, no formalmente que aya de ser, precediendo el ruego, ò llamamiento, sino vna aprobacion, beneplacito, y contentamiento, de que el Escriuano le otorgue, y passe por su testimonio. De suerte, que auiendose hallado el Escriuano acaso en presencia de el testador, sin que precediesse llamamiento, solo con verle, y consentir que hiziesse el testamento, se dà por hecho el ruego. Porque lo que và a evitar la cautela de los Autores, es solamẽte, que no se ingiera vn Escriuano sospechoso, que mouido, y sobornado por los interessados, ganasse, ò negociasse la volũtad de vn moribundo, y le hiziesse otorgar lo que no quisiera, ò pusiera por otorgado lo que no otorgaua. Todo lo qual cessa, quando el testador le manda llamar, ò quando ratifica su venida, quando le vè que viene à autorizar el acto de testar. El lugar de Pedro Salazar *de vsu, & consuetud. cap.* 3. *num.* 9. es muy a proposito, porque tratò estas questiones con mucho juizio en este numero, y en los antecedẽtes, y subsequentes. Dixo en el *num.* 8. que podia el Escriuano nuncupiar el testamento; diziendo en presencia de los testigos lo que contenia, oyendolo, y callando el testador, puso la limitacion: *Dum modo de suggestionis timore, & fraudis suspicione non constet. Secus si testator grauiter ex morbo laborans interrogatur a notario, quem ipse non vo-*

cavit. Cita à Paulo de Castro, Philippo Corneo, Socino, Cioto, Alexandro, y al Autor impijssimo que ya no se nombra, Boher. Aymon, Zasio, Carlos Ruin, Antonio de Immola, Barbatia, Romano, Rodrigo Suarez, y al señor Presidente Couarrub. y acaba assi el numero: *Quod vltimum an verum sit, tu ipse videris, qui cernis quasi nusquã testatorem vocare posse notarium qui infirmitate grauetur.*

142 Reprobada esta opinion con tãta modestia, propone la que tiene por verdadera en el *num.* 9. por estas palabras. Dic igitur, satis esse, quod de voluntate testatoris tabellio sit vocatus: nam idem est, ac si ipse eum vocasset, quia omnia nostra facimus, quibus auctoritatem nostram impertimur, *l.* 2. *§. Omnia nostra, C. de vetere iure enucleando.* Pariter sufficiet, si absque mandato testatoris tabellio sit vocatus; modo ipse vocationem ratam habeat, quia rati habitio retro trahitur, & mandato comparatur, *l. Rati habitio, ff. de regul. iur.* Sic intellige cũctos Doctores, quos paulo ante citaui, affirmantes non valere testamentum, vbi de suggestione, & aliqua illibertate constet testatoris, circa testamenti confectionem: quia testator grauitet, ex morbo laborans interrogetur à notario, quem ipse non vocauit. Etenim addendum est, nec vocare fecit; nec habuit ex post facto ratam vocationem: quia ex tribus vnum sufficit: vocare quidem, & hoc est sine scrupulo: item facere, quod alius vocet, & hoc poterit habere vllam ambiguitatem, non circà voluntatem testandi, sed circà hæredis institutionem. Vltimum suspitione existit plenum, tam voluntatis testandi, quam hunc, vel illum hæredem instituendi. Propter quod est necessarium, quod articulatè loquatur, & integram habeat memoriam. Sic intellige Albericum, Papiensem, Bartolum, & cunctos omnes, *in l. iubemus, C. de testament.* qui affirmant, debere testatorẽ loqui articulatè, vt teneat institutio ad interrogationẽ notarij facta. Cita aqui muchos Autores; y en el *num.* 10. concluye assi: Sed erit declaranda isthæc assertio, & ad eum casum omnimodo restringenda, in quo constet, non vocasse testatorem tabellionem; nec mandasse, quod sibi adduceretur ad testandum. Item in ea specie erit quoque intelligenda, vbi ad alterius interrogationem, & suggestionem, vt supponimus in specie supradicta, sit facta. Hactenus Petrus de Salazar, cuyo lugar me parece que forma quanta malicia puede auer en estos puntos de Escriuano sospechoso, y no llamado por el testador, ni de su orden. Haziendo prudente juizio, q̃ solo en este caso, y haziendose el testamento por interrogacion sugestiua, se debe presumir que fue engañado el testador, y que no cõsintiò de verdad en el Escriua no, aunque le viò presente, tanquam mortuo magis similis; dexando por assentado en los demàs, que basta el llamarle, ù dar orden de que se llame, y viendole presente,

te,

te, consentir en èl, y ratificar el llamamiento.

143 Esta doctrina, con mas, ò menos expressión es comun; y en caso de vn moribundo, que testa por interrogacion sugestiua, hecha por vn Escriuano no llamado, la enseñan, vltra antiquiores laudatos a Salazar, Roderic. Suarez *alleg*.1.*num*.31. Caldas Pereyra *consil*.24.*n*.10. Ayllon Craueta *consil*. 117.*nu*.1. Dom. Couar. *in cap. cum tibi de testamentis, num*.4. D. Padilla *in l. & in epistola, num*. 10. *C. de fideicommiss*. D. Castill. *tom*.4.*controver. cap*.27.*n*. 56. & 72. Marta *voto* 89. *à num*.1. Gaspar Antonius Thesaurus *lib*.2.*qq. forens. quæst*.99. *nu*. 14. Franciscus Niger Cyriacus 3.*tom. controversiar. forens. controvers*.549. *num*.73. & 74. & *num*. 121. & *sequenti*, Scipio Theodorus *alleg*. 12. *num*.18. & *seqq*. Pero quando, ò precediò llamamiento, ò orden para llamar, y ratificacion de la presencia, y asistencia a el acto del Escriuano, como todo aceaciò en nuestro caso; es tambiẽ opinion comũ, y verdadera, como la antecedẽte; que se cumple con el requisito de que se ruegue a el Escriuano en la forma que basta. Eam docent Socinus Iunior *vol*.2.*consil*. 178.*ex n*.9. Mantica *lib*.2.*de coniect. tit*.12.*à n*.3 Menoch. *lib*.3.*præsumpt*.81.*num*.7. Surd. *cons*.414.*à n*.37. Mart. *de successione legali* 2.*tom*.4.*part. art*.3.*à n*. 4. Farinac. *cons*.97.*n*.23. & *ibi Additio litt*. B. Altogrado *consil*.50.*nu*. 252. Menchaca *de sucession. creat*. §. 15.*à n*.123. Matieç. *in l*.2.*tit*.4.*gloss*. 4.*a n*.7. & ibi Acevedus *num*. 8.

144 Tres oposiciones se hazen a el llamamiento de Bernardino de Benavides. La primera es, contra los testigos que deponẽ de ella; porque de las tres mugeres, la vna dize, que oyò las palabras que quedan referidas, por vna regilla que caia de el quarto de la señora Condesa a la pieza donde su Excelencia estaua enfermo. Las otras dos, dizẽ, que por detràs de las cortinas de la cama, de que se hazẽ gran ponderacion. Lo cierto es, que estauan en el quarto de su señora; y que desde alli lo oyeron, assomadas a la regilla, como dize la vna, y por el lugar que hazian las cortinas, hecho para que pudiessen ver, y oir al hablar al Conde, como dizen las otras. Porque al cabo de tres años, quando yà la memoria no es reciente, cabilar circunstancias tan ligeras como esta, no es de la buena fee que el Derecho pide, y desea en la concordia, y aceptaciõ de los testigos. Videndi Farinacius *de testib. quæst*. 65.*ex n*.11. Ioan. Cephal. *lib*.1.*cons*. 113.*n*.24. Alexãder Ludovis. *decis*. 351.*nu*.29. Dom. Valençuela *cons*. 108. *num*. 14. & *duob. seqq*. Por lo qual los demasiados escrupulos, que como Abogado, y sirviendo a su causa puso en esta doctrina Noguerol *allegat*.26. *ex n*.94. *vsque ad n*.110. son voluntarios, y de desestimar; y se deue tomar la verdadera doctrina, que es la propuesta de el *cap. cum tu* 16. *de testib*. formal para el assumpto de cõcordar, y reducir a vn sentido los dichos de los testigos, quando parecen contra-

rios, ò diuersos, si se pueden concordar, y de la que copiosamente sobre èl fundan, y enseñã los Obispos, Barbosa, y Fermosino *quæst.* 2. *per totam.* El señor Presidente Don Manuel Gonçalez, explicãdo el covencimiento de los testigos de Susana; y porq̃ no se reduxeron a cõcordia, variãdo en el lugar, *cap.* 34. *Daniel.* quod transumptivè habetur, *in cap. cũ Ioan. Eremita de fide instrument.* Y quando son substanciales, ò no, las cõtradiciones. En que no me parece dezir mas; pues esto, y todo queda al gran juizio de los señores Iuezes en materia de deferir a los testigos, *l.* 3 *leg.* *carmen* 21. *§. Testor, ff. de testib. cum similibus.*

145 La segunda oposicion es, la que resulta de la deposicion del Doctor Cipriano de Maroja, *Memor. num.* 665. que examinado en el juizio de tenuta, dize, que *sabe, que el señor Conde Duque de Olivares no embiò a llamar al dicho Escriuano* (và hablando de Bernardino de Benavides) *para otorgar el dicho poder para testar; porque estuuo el testigo junto a su Excelencia, sin apartarse de la quadra donde estaua, ni de junto à su cama.* No traslado mas palabras, porque no son para esta oposicion. En esta negativa no ay quien conteste con este testigo; con que no nos deviera dar cuidado ninguno, quando concluyera su negatiua coartada con los requisitos de la *l. Optimam, C. de committ. & contrah. stipulat.* Por la regla, que tantas vezes repito, que dictum vnius est dictum nullius, *cap. in omni negotio, de testibus.* Con todo esso se desharà el dicho a mi parecer bien fundadamẽte; porque el mismo Doctor Maroja, *num.* 583. atribuyendose a si, el auer tenido cuidado de que el señor Cõde dispusiesse las cosas de su conciencia, y hazienda, dize, q̃ el testigo se fue a la señora Condesa, y propuso à su Excelencia el estado, en que el dicho señor Cõde estaua, y que aunque estaua malo, temia que la enfermedad le auia de ofender mas la cabeça; para que su Excelencia diesse forma si se podia confessar, recibir el Santissimo, y todo lo demàs que fuesse menester. *Y entonces la dicha señora dixo al testigo, que llamasse al P. Ripalda, y le llamò, y vino a ver lo que la dicha señora Condesa mandaua. Y desto resultò que al punto se despejo la sala donde el dicho señor Conde Duque estava, para confessarle.* Creamos a este testigo singular por aora todo lo q̃ dize, y mirèmosle a la deposicion. Lo que consta de los autos, y se põderarà despues, es, que quien mandò llamar a la señora Condesa fue su marido, y quien la llamò, fue el Medico, que le assistia por la noche, diziendole el Cõde, que la llamasse, aunque no estuviesse acabado de vestir. Consta, que la llamò, que llegò su Excelẽcia a cosa de las seis de la mañana; que preguntò al señor Conde, que como estaua; y respondiò: *Bueno* (esto tambien se cabila) y que se tratò de las disposiciones de sus cosas: y que en esta sazon mandò el señor Conde, que le llamassen a Ripalda, y Benavides;

des, para vno, y otro. Asſi lo deponen los teſtigos que quedan referidos, *ſup. n.* 140. y el Doctor Matoja no menciona eſte tiempo, porque en èl, ni ſe hallò, ni ſe pudo hallar en la quadra del ſeñor Conde, por no auer llegado; y con todo eſſo cõcluye la negatiua coarctada, como ſi fuera tan grã Letrado, como Medico; porque eſtuvo el teſtigo junto a ſu Excelencia, ſin apartarſe de la quadra donde eſtaua; y por parecerle poco eſto, añadiò, ni de junto a ſu cama, que es harta gana de concluir negatiuas.

136 Cõ todo eſſo no hizo nada; porq̃ la coartada ha de remouer totalmẽte el acto, y fixar totalmente el ſentido; pero ſino fixa totalmẽte el ſentido en todo el acto, es depoſiciõ vaga, porque remouetur ſenſus. Y aſsi dixerõ con grã magiſterio, y claridad con ſu Choriphæo Bald. los Practic. qui de negatiua coarctata deponit, debet remouere actũ a ſenſu, nõ ſenſum ab actu. Auia, pues, de dezir aſsi, *deſde q̃ el ſeñor Conde recordò el Miercoles por la mañana, haſta que entrò en la pieza Bernardino de Benauides, eſtuve arrimado a ſu cama, oyendo quãtas razones hablò ſu Excelencia*: Eſto es fixar el sẽtido de la viſta, y del oido: *Y no oi que llamaſſe à Benavides, ni à otro Eſcriuano*; eſto es remouer el acto; *por lo qual eſtoy cierto que no llamò*. Eſta fuera razon concluyente, porque en la verdad aſsi ſe fixaua el ſentido baſtantemẽte. *Et nullus horum teſtium deponit hoc modo* (dize Noguer. *allegat.* 25. *nu.* 39.) *Et ſic in negatiua vaga remanent, quod quidẽ reſolvit Trẽtacinquius lib.* 2. *var. reſ.* 12. *de probat. n.* 8. *vbi dicit eſſe neceſſarium teſtes non ſolum locum, & tẽpus coarctare; ſed etiam omne tempus, & locum ita quòd nec per momentum potuerit in alio loco eſſe*: es doctrina corriente, y comunmente recibida, para cuyo apoyo ſe pudieran citar innumerables Autores, como lo hizo D. Hermenegildo de Rojas *de incõpatibilit. Regn. & maior.* 2. *part. cap.* 1. *per totum*. Pero no quiero detenerme en coſa tan ſabida, y tan vulgar. Dos coſas notarè; la primera, q̃ los teſtigos debent eſſe præditi veritate naturali, & ſinceritate, como *en el n.* 49. lo coligiò Rojas *de la l.* 117. *tit.* 18. *part.* 3. y que ayan de ſer mayores de toda excepcion; lo dize *la l. optimam*, citada, *y el §. Item verbor. inſt. de inutilib. ſtipulat.* y es comun nota. La ſegunda, que los que deponen vagamente ſuper negatiua, ſon animoſos, ò temerarios, y por eſſo ſoſpechoſos de falſo, *cap. ſuper his in fine de renuntiat.* vt docet Farinac. *quæſt.* 65. *nu.* 221. & poſt eum Noguer. *d. allegat.* 25. *n.* 39. Vltimamente, por mas q̃ quiſieſſe concluir a la negatiua, y dezir, que no auia podido llamar el ſeñor Conde Duque al Eſcrivano; lo que era impoſsible de concluir, ni convẽcer era, que deſpues de auer llegado Benauides, y pueſtoſe en ſu preſencia, no auia ratificadoſu venida; porque eſto no cae debaxo de depoſicion de teſtigo.

147 La tercera opoſicion ſale de otra depoſicion ſingular del P. Iuan Martinez de Ripalda, y en eſto tan ſingular, que ſe opone a lo q̃

di-

dize el Doctor Maroja. Reducese a dezir, que este poder no fue hecho como suena, dictandole el señor Conde Duque, sino por interrogacion sugestiua de Bernardino de Benauides. Suponiendo vn hecho, es muy facil a hombres doctos ajustar vn derecho concluyẽte; pero essa mas es maña, que arte; porque segũ nuestra arte, ex facto ius oritur *l. ex plagis* 52. § *Inclivo, ff. ad leg. Aquil.* Ajustarèmos, pues, el hecho por el memorial, fielmente, cõ que quedarà tan desvanecida en si misma la oposicion, que nos escuse de estudiar mucho para responder a ella. Es menester reparar, q̃ el Licenciado Pedro Martinez, *n.* 1141. y D. Luis de Alcazar, *n.* 1143 No pudieron ser examinados; el primero, por auerse ausentado a las Indias; el segundo, por auer muerto, como consta de los numeros siguientes a los de sus deposiciones; pero el ausente està dado por ratificado, y abonado; y el segundo està abonado. Y como quãdo dixeron fue a la sumaria de Toro, no depusierõ mas que de la sanidad del juizio del señor Cõde; porque hasta la declaracion del P. Ripalda, no se auia dado, ni caido en semejante defecto, antes se corria con q̃ todo el tenor del poder auia sido dictado por el señor Conde-Duque. Esta es la causa porque estos dos testigos instrumentales no deponẽ de la forma con que se hizo; porque no vieron pregunta a q̃ respõder. Los otros dos son D. Diego de Araque, *n.* 1165. y el Dotor Lazaro de la Fuente, *n.* 1177. tãbiẽ instrumentales; el primero, dize, que assi q̃ entrò el testigo al quarto del señor Conde, y le hablò; entrò inmediatamente Bernardino de Benauides, y que su Excelencia le recibiò cõ mucho agrado; y que preguntandole si queria su Excelẽcia ordenar su testamento? respondiò, que no, sino dar poder para testar a la señora Condesa su muger. Y que en esta conformidad le preguntò el dicho Escriuano, a quien nombraua por su heredero? y respondiò, a la Condesa su muger. Y el Escriuano le dixo: despues de los largos dias de V. Exc. a donde mãda enterrarse? Y respõdiò, en Loeches con mi muger (esto se cabila, diziendo, que es sin proposito; pero es tan facil el sentido, *donde se ha de enterrar quando muera*, que no pide mas obra la respuesta) Y que le preguntò a quien nombraua por testamentarios? Y que nombrò a los que contiene el poder, de que no haze memoria, solo se acuerda que dixo, al Cardenal mi señor, nombrãdo vno; y que despues preguntandole el Escrivano: Señor, que Cardenal? dixo el Cardenal de Borja mi señor. El segundo dize, que luego que entrò Bernardino de Benavides, le dixo, que fuesse bien venido, y le recibiò con alegre semblante: *Y el dicho Benauides dixo, quiere V. Excelencia hazer testamento? Y le respondiò, que se hallaua cansado de la enfermedad, y que no estaua para dilatar el hazer testamẽto, q̃ queria otorgar poder, en fauor de la Cõdesa su muger, para testar, con quiẽ tenia comunicado en diferentes ocasiones*

nes las cosas de su conciencia, y hazienda. Y que el Escriuano le preguntò a quien instituia por su heredero vniuersal? Dize tambien los testamentarios que nombrò; y pone la particularidad de auer añadido al Cardenal de Borja, despues de auer dicho al Cardenal mi señor. Y que nombrò al señor Duque de Medina de las Torres, llamandole su hijo, y al señor Don Luis de Haro, llamandole su sobrino.

148 Examinado como testigo Bernardino de Benauides, en la instancia de tenuta, *num.* 1188. dize: Que luego que llegò, le dixo el señor Conde: *Sea muy bien venido, abrazeme.* Esta palabra se cabila, como si vn tan grande señor no la pudiesse auer dicho; con todo esso el testigo dà buena razon, para persuadir la merced, y honra que su Excelencia le hazia. Dize, que le preguntò, si queria hazer testamento; y que respondiò: *Que estaua cansado, y no podia que queria otorgar poder, para que lo hiziesse en su nombre la señora Condesa su muger segun, y en la forma que con su Excelencia lo tenia comunicado.* Y que el testigo le fue haziendo las preguntas ordinarias: Que a quien se seruia de dar el dicho poder para testar? Y respondiò: *A mi muger.* Y que donde le queria enterrar? Y respondiò: *En Loeches.* Y que testamentarios queria nombrar? Y dize, que fue nombrando algunos, como a la dicha señora Condesa, el señor Condestable de Castilla, al Padre Ripalda, y al señor Ioseph Gonçalez, y a otros, que refiere el poder; y llegando entre ellos, a dezir: *Que nombraua al Cardenal su señor.* Le replicò el testigo; què Cardenal. Y respondiò: *El Cardenal Borja mi señor.* Y que preguntandole, a quien queria dexar por heredera? dixo: *A mi muger,* repitiendolo dos vezes. *Con lo qual,* prosigue, *se refirieron delante de los testigos instrumentales, que se hallaron presentes, y otras muchas personas, las razones dichas. Y preguntandole el testigo al dicho señor Conde; què si lo otorgaua assi? Respondiò: Si señor, assi lo otorgo.* Aqui dize el Escrivano, que al acto del otorgamiento de el poder se hallaron presentes, a demàs de los testigos instrumentales, otras muchas personas. Despues, examinado en el juizio de la propriedad, *num.* 1190 el señor Iuez Comissario de probanças, le repreguntò algunas cosas, y entre otras fue: *Como auia otorgado el poder ad interrogationem, solo con preguntar?* Y èl como tan experto en la practica, al responder, le dixo: *Que lo que contiene esta pregunta no parece en el interrogatorio; antes es repregunta, que su merced le haze.* Con q̃ se desembaraçò desta, y de otras, remitiendose, y ratificandose en lo que antes tenia dicho, que està con harta distincion, y claridad.

149 Ay tambien testigos fuera de los instrumentales, que deponen de la forma de otorgar el poder. Don Bartolomè de el Castillo, Secretario de su Excelencia, dize, *num.* 1145. Que Bernardino de Benauides, dixo al señor

Conde Duque: *Quiere V. Excelencia otorgar poder? A quien quiere otorgarle, para disponer de sus cosas?* Y respondiò: *A la Condesa mi muger.* Y auiendole preguntado el Escriuano: *A quien queria dexar por heredera:* Respondiò: *A mi muger*, solo este testigo dize, *heredera*; todos los demàs dizen, que preguntò de *heredero*, ò *heredero vniuersal*; y por este, que pudo ser error de la escritura, ò del testigo, tomando la pregunta de la correspondencia de la respuesta, se hazen ponderaciones, y misterios. *Aucupationes syllabarum insidiantes*, dixo Constantino *in l. 1. C. de formul. & impetr. action sublatis*; y es menos que poner assechança con la caza de vna letra, nota que pusieron a los Caufidicos de su tiempo, Ciceron, y Quintiliano: Este *lib. 7. instit. orator. cap. 4.* sic inquit. *Est enim certa servitus ad certa se verba distringendi. Idque faciendum in libris Ciceronis de oratore vetat M. Antonius; nam est etiam periculosum, cum si vno in verbo sit erratum tota causa cecidisse videamur.* Videndus etiam *lib. 12. cap. 3.* Aquel, y otros muchos, apud Georgium Eberlinum *de origine iuris cap. 7.* Prosigue el testigo, que preguntandole, quien queria que fuessen sus testamentarios? Respondiò, a mi muger, y al Cardenal mi señor, y despues dixo de Borja, y al señor Condestable de Castilla. Ioseph Gonçalez, y a los demàs señores, no se acuerda auerlos oido nombrar, aunque parece al testigo lo haria. Y que se mandò enterrar en la Villa de Loeches. Simon Rodriguez de Vbierna, *num.* 1151. Que a las siete de la mañana, poco mas, ò menos vino Bernardino de Benauides; y su Excelencia en viendole, dixo: *Sea v. m. bien venido*, y le hablò con alegre semblante: y el dicho Benauides le dixo, si queria su Excelencia hazer testamento? Y le respondiò: *Que la enfermedad era apretada, y que no estaua para dilatarse en hazerlo, que queria otorgar poder en fauor de su muger para testar.* Que no se acuerda si dixo, que lo tenia con ella comunicado. Y que le preguntò, a quien nombraua por su heredero vniuersal? y respondiò: *Que a su muger.* Y le bolviò a preguntar, a quien nombraua por testamentarios? y respondiò: Que a la Condesa su muger, y a los señores Don Luis Mendez de Haro, &c. Contesta en auer repetido el Cardenal Borja, y llamado al señor Don Luis su sobrino, y al señor Duque de Medina de las Torres su hijo. Don Diego Llamazares, *num.* 1154. dize: Que el testigo, y el Marques de Mairena embiaron a llamar a Benavides, que vino como a las ocho de la mañana, poco mas, ò menos, y se llegò a la cama de su Excelencia, y quiso hincar la rodilla, y su Excelencia le echò el braço derecho por dos vezes, y le dixo: *Sea muy bien venido señor Benauides*, cō muy alegre semblante. Y el dicho Benauides le preguntò, si queria hazer testamento? y le respondiò: *Que se hallaua cansado de la enfermedad, que no estaua para dilatarse* en

en hazer testamento, que queria otorgar poder para testar a fauor de la Condesa su muger, con quien tenia comunicado en diferentes ocasiones las cosas de su hazienda, y conciencia. Y que el dicho Escrivano le preguntò, a quien queria instituir por su heredero vniuersal? y respondiò: *Que a la Condesa su muger.* Y diziẽdo el Escriuano, y por testamentarios? Dixo, a mi muger, y señores Cardenal de Borja, Don Luis de Haro, Condestable de Castilla, Marques de Leganès, Duque de Medina de las Torres, Condesa de Monte-Rey, Ioseph Gonçalez, y Padre Iuan Martinez de Ripalda; que eligiò sepultura en su Conuento de la Villa de Loeches; pone las dos circunstancias de auer llamado su sobrino al señor Don Luis, y hijo al señor Duque de Medina; reparase, en que no puso la otra de auer dicho el Cardenal mi señor, y despues de Borja; pero que vn testigo no diga todo lo que otro, ò otros, no es reparo. Don Nicolàs de Ontañon Enriquez, Cauallero del Avito de Santiago, *num.* 1158. entrò quando començaua las preguntas el Escriuano; y dize que le oyò preguntar a su Excelencia a quien dexaua por su heredero? Y respondiò: *A la Condesa mi muger.* Y por testamentarios, a quien? Y respondiò: *A mi muger*; y entre otros, que nombrò, que no reparò el testigo, fue vno *el Cardenal mi señor.* Y el dicho Escrivano le dixo; quien? y bolviò a responder *de Borja.* Ana Gomez, *numer.* 1201. dize: Que entrò Benauides a cosa de las siete de la mañana, y que su Excelencia le dixo: *Sea muy bien venido,* en voz alta, como sino tuviera enfermedad. Y q̃ el Escriuano le dixo, que le mandaua su Excelencia? y le respondiò: *Que queria hazer testamento, y que se hallaua congoxado, q̃ no era bien dilatarlo, que queria otorgar poder para testar a fauor de la Condesa su muger, con quien tenia comunicado en diferentes ocasiones las cosas de su hazienda.* Y diziendole el Escrivano, a quien queria dexar por heredero vniuersal? Respondiò: *Que a la Condesa su muger.* Y por testamentarios? Respondiò: *A mi muger, y señores Condestable de Castilla, Cardenal de Borja, Don Luis de Haro, y a la Condesa de Monte-Rey*; y de los demàs no se acuerda; y que eligiò por su sepultura el Convento de la Villa de Loeches; y que al Cardenal de Borja le nombrò dos vezes; vna, el Cardenal mi señor; y otra, de Borja; y no se acuerda qual dixo primero; y que quando nombrò al señor Don Luis de Haro, dixo mi sobrino. Doña Geronima de Mendoza, *numer.* 1210. Dize, que despues de las siete vino Bernardino de Benauides; y auiendole visto el señor Conde, dixo. *V. m. sea muy bien venido,* y lo repitiò dos vezes con cara alegre; y el dicho Benavides le dixo, quiere V. Excelencia hazer testamento? y le respondiò: *Que se hallaua congoxado de la enfermedad, y que no estaua para dilatarse en hazer testamento, que queria otorgar poder para testar, en fauor de la Condesa su muger, que con ella*

tenia comunicado en diferentes ocasiones las cosas de su hazienda, y conciencia. Y el dicho Escriuano le dixo, que para otorgar el poder a quien dexaua por su heredero? A que respondiò: *Que a la Condesa su muger*; y prosigue el testigo; y por testamentarios a la dicha su muger, y nombra todos los demàs, con las señas del señor Cardenal de Borja, señor Don Luis de Hiro, y señor Duque de Medina de las Torres. Passando el que le huviesse excitado las especies de nombrar testamentarios el Escriuano; pero sin dezir lo contrario; con que no tiene oposicion a los demàs, por dezir menos. Doña Catalina de Olivares, *num.* 1218. dize lo mismo, y con las mismas circunstancias, que la antecedente. Domingo de Miera Zeuallos, *num.* 1288. dize: Que por auerlo acordado el Padre Ripalda, y los Medicos, mandò el Marques de Mairena a Artus, compañero de el testigo, que fuesse a llamar a Bernardino de Benauides, y le dixo en la pieça de afuera, junto al dormitorio: *Artus, vè bolando, bolando* (que se pondera mucho, pero sin razon, ni fundamento,) y que con esto fue a buscarle, y vino el dicho Benauides, hallandose el testigo en el dormitorio del dicho señor Conde, y otras personas, de quien no se acuerda, *por ser muchas las que auia* (notese esta advertencia, que se niega contra la verdad de lo que passò, y contra lo que tantos testigos deponen de su assistécia) y que auiendo reconocido el dicho señor Conde al dicho Benauides, le dixo: *V.m. sea bien venido* y que ne se acuerda si lo repitiò, mas de que se lo dixo con alegre, y buē semblante; y auiendole dicho el dicho Benauides, *si queria hazer testamento*? Respondiò, que se hallaua congojado de la enfermedad, y que no estaua para dilatar el hazerlo; y de lo demàs no se acuerda, por auer tanto tiempo que passò, ni demàs, de que diziendole, que a quien dexaua por testamentarios? Se acuerda que dixo, *al Cardenal Borja, y a la señora Condesa.* Siguese la deposicion de Geronimo de Montealegre, Ciruxano, vezino de la Ciudad de Toro, *num.* 1307. de que se toman algunas partes, como euidente, y contestada verdad, haziendo sobre ellas la informacion de Granada grandes pōderaciones. Dize, que con cuidado de saber de la salud del señor Conde, fue a su posada el Miercoles a su parecer, antes de las cinco de la mañana, y que hallò en la antesala de el dormitorio a todos tres Medicos (yà se vè, que està desacordado en esta circunstancia) y que les preguntò como estaua su Excelencia? y que el Dotor Lazaro de la Fuente le respondiò: *Assi, assi, a passar* (tampoco se lo pudo responder a esta hora, y en esta sazon el Dotor Lazaro de la Fuente,) que entrò en la misma quadra donde estaua su Excelencia, y oyò que hablaua algunas palabras, pero que no las percibiò, por ser grande la sala, y estar lexos: *Y que en esta ocasion viò, que vno* de

de los criados que en aquella ocasion estauan alli, de cuyo nombre no se acuerda, dixo: *Vayan por Bernardino de Benauides, Escriuano, ò otro qualquiera, el primero que toparen, para que el Conde mi señor otorgue poder para testar a mi señora la Condesa; y luego vino Benauides.* (Bien se reconoce de los dichos de los demas testigos, que no fue assi el llamamiento de el Escriuano; y serà muy propable, le mandasse llamar su Excelencia, cuyas vozes no percibia el testigo, por estar lexos.) Prosigve, *que luego echaron fuera de la quadra a algunos que estauan dentro de ella*. Preguntandole quienes quedarõ, dize que tres, ò quatro, que vno de ellos era Don Diego de Araque, y el Doctor Lazaro de la Fuente; y que èl se quedò fuera de la quadra, porque cerraron la puerta de ella, con llaue por de dentro, (Aqui no dà entrada a el Dotor Cypriano de Maroja, a quien dexò fuera, hazienda su junta, ni otros testigos instrumentales.) Y vltimamente dize, que se fue de alli viendo la puerta cerrada, hasta que bolviò a ver recibir a su Excelencia el Santissimo Sacramento por Viatico. Dize, que sangrò en el discurso de la enfermedad a su Excelencia cinco vezes, y que antes del Miercoles, en que recibiò el Viatico, fueron las quatro vezes, en que se dexò sangrar, dando el braço al testigo con mucho juizio, y que mouia los dedos para que saliesse mejor la sangre; y que el Iueves, ò el Viernes siguiente començò a desvariar; y assi infiere, que estaua en entero juicio, antes, pues, le daua el braço para que le sangrasse, con tanta quietud, y sossiego. Hasta aqui el testigo, en q̃ se reconocerà mucha falta de memoria, y poca retentiva de las especies, que passaron quando dize que assistiò. Hazer fundamento, y probança de vn testigo singular, en casos que los cõtestes estàn opuestos, es de vtilidad de la Iusticia. El Oficial de Benauides, que se llama Simon Santos, *numer.* 1316. dize lo que passò en quanto al escriuir el poder, y la parte donde se escriviò; y aunque en muchas cosas refuta lo que dixo el testigo antecedente, no se epiloga aqui su deposicion, por no tocar a la forma en que le dictò, y otorgò el señor Conde-Duque. Tambien se ha de juntar con este testigo, y se harà a su tiempo. Iuan de Arbiza, *num.* 1325. y en quanto a lo que aora se trata, dize: Que el dia que refiere la pregunta, que fue Miercoles, entrò en el quarto de la señora Condesa el Dotor Medina, a llamarla, que estando el testigo durmiendo en vna silla, despertò, y que no entendiò lo que la dixo, hasta que saliò la dicha señora de su quarto, y fue donde estaua el señor Conde, y con su Excelencia el Medico, y se sentò en vna silla; y alli acudieron el Padre Ripalda, y el Dotor Maroja; no dize, que fuesse el acudir luego inmediatamente, y el Dotor Lazaro de la Fuente; y no sabe, ni oyò lo que entre ellos hablaron, mas de que de alli resultò el llamar a Bernar-

dino de Benauides; y porque dezian se auia embiado a vn Lacayo, dixo el Marques de Mairena; aora no es ocasion de embiar, sino es a persona de razon, y que fue Artus de Rois. Con la qual cõposicion se concuerdan las demàs, de que quien embiò a llamar el Escriuano, fue el Marques de Mairena. Prosigue, que llegando Benavides diò muestras el señor Conde de recibirle con agassajo; y que preguntandole, si queria hazer testamento? Respondiò, que si, y que queria dar poder a la señora Condesa para ello, y que la dexava por su heredera, y que no oyò, ni apercibiò otra cosa, mas de que se acuerda, que dexò por testamentarios al señor Don Luis de Haro, y al señor Duque de Medina de las Torres, y a el señor Marques de Leganès.

150 Mucho me he dilatado en referir los testigos que deponẽ de la forma con que se otorgò el poder; pero juzgo que no es sin fruto, pues quanto mas se ajusta el hecho, tanto mas facilmente se assiẽta la disposicion de derecho. Cabilanse los testigos en singular por la informacion de Granada, y cada diferencia de deponer, se tiene por contradicion formal: pero como el derecho no pida impossibles, y el tener todas las cosas, y circunstancias en la memoria, no sea de hombres, si no de Angeles. *Argum. ex l. peregre 44. §. quæsitum de adquir. poss. cum similib.* las leyes facilmente perdonan qualquier olũido de hecho no sustancial à los testigos, quando passa tiempo considerable entre la accion, y la deposicion, text. optimus *in l. 115. tit. 18. part. 3.* y alli Gregorio *gloss. 7.* dà la razon, *quia memoria hominis labilis est, neque communiter testes sunt intenti, sicut tabellio*: refiriendo à Lanfranco Cremense, y à Iuan Andres: y aunque se aparta de su dotrina, no se aparta de la razon, antes reconoce conuenir cõ la ley de la Partida, que glosa, ibi: *Vt hic.* Dizesse que no deponen vnos como otros: y si miramos à la formalidad de las palabras, es cierto: pero si se mira à la sustancia, no lo es: porque todos concluyen à vn mismo fin, palabra, ò circunstancia mas, ò menos: y esto basta para plena, y total contestacion, ex doctrina Bartoli, & Clasicor. vsq; ad Iasson. *in l. admonendi ff. de iure iurando*, ni se tiene por contrariedad, ò contradicion, la que es solamente en circunstãcias de hecho, ligeras, y no sustãciales. *Cum testes non dicantur contrarij, ex eo quod vnus plus altero deponat,* Decius cõs. 105. *sub num. 2. vers. Et quando vnus testis de facto,* Ruinus *cons.* 145. *num.* 20. *lib.* 5. Aymon *cons.* 570. *num.* 31 *Quando etiam expressè negarent, & in hoc consentirent, sufficeret, quod in alijs, imò in duobus tantum concordarent, per ea quæ tradit* Socinus *cons.* 89. *nu.* 1. *lib.* 1. *latè* Rolandus *consil.* 67. *num.* 18. & 19. que son palabras de la Rota, apud Sanctissimum, siuè Gregorium XV. *decis.* 578. *num.* 4. & 5. y se deue ver otra apud eundem 351. *per totam*, donde recopite esta materia. Y el tratado copio-

pioſo de Farinacio *quaeſt.50. & 65. tit. de teſtib.* Mayormente, auiendo paſſado mucho tiempo, como ſe dixo, y para ſaber qual ſea eſte, es muy proprio el lugar de Noguerol, hablando en eſtos miſmos terminos *allegat.26.numer.102. Multum tempus* (dize) *ad minus refertur ad annum. Abbas in cap. plerunque de reſcriptis, numer.2. Bertachinus in repertorio, verbo, multum tempus, vbi refert varias opiniones circa ſignificationem verbi multum tempus, & opinio, quae minori tempore eſt contenta, requirit ſex menſes.* Y en nueſtro caſo paſſaron mas de quatro años.

151 Tambien ſe opone, que los mas fueron criados de los ſeñores Condes de Olivares; y algunos lo eran, quando depuſieron del ſeñor Duque de Medina de las Torres; pero mirandoſe la circunſtancia del tiempo, quando ſe otorgò el poder, que fue a las ſiete de la mañana, y ſer acto tan domeſtico, como eſte; ſe tienen por idoneos en derecho, *l. conſenſu* 8. §. *Servis 6. verſic. Super plagis, C. de repudijs.* ibi: *Quoniam non facile, quae domi geruntur, per alienos poterunt confiteri,* vbi Doctores, & *in l. quoties* 3. *C. de naufragijs lib.* 11. ad illa verba: *Duorum vel trium nautarum quaeſtione habita*, Farinacius latiſsimè *tit. 6. de oppoſitione contra teſtes quaeſt. 55. ex num.* 36. Maſcardus *de probationib. concluſ.* 124. *num.* 48. & *concluſ.* 533. *numer.* 15. Bobadilla *in politica lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 102. Y en quanto a los que fueron criados al tiempo del acto, y no lo eran de el que los preſentò al tiempo que depuſieron, no ſe conſidera menos idoneidad, ni materia de tacha; quia conditio teſtis inſpicitur tempore iuramenti, vt docuerunt *in l. etiam. C. de teſtibus*, Baldus *num.* 3. Salicetus *num.*4. Albericus *num.* 6. Ioannes Sicardus *numer.* 9. Dom. Gregorius XV. *d. deciſ.* 351. *à principio*, Maſcard. *d. concl.* 533. *num.* 11. Farinac. *vbi proximè numer.* 32. Ademàs, que el grã numero (y quieren que ſe tenga por tal, paſſando de tres vnos Auctores, y otros paſſando de ocho, y todo eſto es arbitrario de los ſeñores Iuezes) ſuplé qualquier defecto en los teſtigos, coadiubandoſe vnos a otros, maximè ſi omnes non ſint inhabiles, Gloſſa Magiſtra *in l.* 3. §. *eiuſdem verbo numerus, ff. de teſtib.* Noguer. *allegat.*26. *num.*69. & 70. & *alleg.* 29. *nu.*27. Porque es animoſa alegacion, dezir, que tantos ſe apaſſionaron, y ſe perjuraron, y que en ningunos ſe hallò verdad. Y eſto me parece que baſta para reſponder a las opoſiciones contrarias, q̃ ſon voluntarias, y no con el fundamento, que deuieran tener para pedir mas inſiſtencia en las reſpueſtas.

152 Infierenſe, pues, de las depoſiciones de los teſtigos, que quedan referidas: Lo primero, que aquella clauſula, que es conſueta en los poderes para teſtar: *Otorga poder a N. con quien tiene comunicada ſu conciencia*, no la puſo el Eſcrivano por de eſtilo, ſino porque ſe la dixo el ſeñor Conde Duque, y la oyò de ſu boca: Y aſsi quando ſe ſiga la opinion de Pedro de Sala-

zar *de vsu, & consuetudine cap.3.n.6. versic. Quapropter*, que no deue poner las clausulas substanciales, aũque sean de estilo, sin auerlas oido al testador, que otorga el poder; no puede ser reprehendido Bernadino de Benauides, por auer puesto esta clausula: Segui lo que deponen tantos testigos instrumentales, y no instrumentales, auiendose hallado todos presentes al acto. A que se llegan ser sus deposiciones tan verisimiles, como se ponderò *supra num.* 126. Lo segundo, se infiere, que no fue hecho el poder ad interrogationem sugestivam del Escriuano, como sin fundamento se ha intentado persuadir, sino dictado por el señor otorgante. Para cuya inteligencia breuemente se ha de suponer, que

153 Por derecho comun, y por leyes del Reyno no està determinado el punto, si el testamento hecho ad interrogationem vale; lo que està determinado por la *ley iubemus 29 C. de testamẽtis* (con que concuerda cabalmente, sin encerrar mas misterio, *la l.6.tit.3.part.6*) es, que el testador debe escriuir por su mano el nombre del heredero, si sabe hazerlo, y la enfermedad le dà lugar para ello. Que en caso, que no sepa, ò no pueda, le deue pronunciar por su voz, de forma que de su misma boca lo entiẽdan los testigos; porque si no puede escrivirle, ni articularle, antes se deue tener por muerto que por moribundo: *Si enim talis est testator, qui neque scribere, nec articulate loqui potest, mortuo similis est, & falsitas in elogijs committitur.* Y acaba assi el texto: *Sciturus Tabellionibus & his, qui conficienda testamenta procurant, quod si aliter facere ausi fuerint, pœnam falsitatis non euitabunt, quasi dolosse in tam necessaria causa versati.* Algo se enmendò esta constituciõ por la Nouela de Iustiniano, de donde se sacò *la Auth. & hoc non observato*, que puso Irnerio al fin desta ley; sobre ella, y sobre la inteligencia de aquellas palabras, *vt omnino sciant testes, qui sint scripti hæredes*, començaron los Interpretes a discurrir, si se satisfacia a esta solemnidad, y requisito, sugeriendo el Escriuano el nombre del heredero, diziendo: *Instituyes a Fulano por tu heredero?* Y respondiendo el testador solamente: *Si.* Y en estos terminos la conclusion assentada, y comunmente recibida, es, que està bastantemente, y con clara articulacion de voz, hecha la institucion de heredero, y que la disposicion vale. Glossa celebris, & Magistra *verbo quemadmodum in d.l.iubemus 29.* quam post Clasicos repetentes, quos non moror, sequũtur Doctissimus Menochius *lib.4.præsumpt.* 8. *à num.* 9. *& consil.* 45. *num.* 1.4. *&* 30. Cardinal. Mantic. *de coniect. lib.2.tit.6.a num.9.* Petrus PeKius *de testam. coniug. lib.1. cap.17.a princip.* Antonius de Gamma *decis.46.a num.5.* Caldas Pereyra *consil.24.a num.* 8. Pedro Surdo *cons.414.a num.53.* Et ex nostratibus Roderic. Suar. *allegat.* 1. *nu.35. & seq.* Peralta *in rub. de hæredib. instit. num.81. versic. Tertia declaratio* Antonius Gregor. *in d.l.6. Gloss.* 1. Antonius

Gom.

Gom.*in l.3.Taurinu*.107. *&* 109. Dom. Couarr.*in cap.cum tibi de teſtam.num*.4. Matienço *in l. 1. tit.4. Gloſſ.16.a n*.4. Flores de Mena *lib. 1.var. quæſt. 1.n*. 44. *& in additionib.ad Gammam vbi proximè* Dom. Caſtillo *lib.4. controuerſ.cap. 27.à num.* 50. *& 5.tom.cap*.73. Para ayudar aſsi a las vltimas voluntades, a cuyo valor interviene el publico interès, *l.vel denegare 6, teſtam.quẽadmod.aperiant.*

154 Verdad es, que en materia como eſta, toda de diſcurſo de Autores, que buſcan la razon natural, ſe hazen varias limitaciones, por cautela, y para excluir fraudes, y ſoſpechas. Los Autores, que eſcriuen alegaciones, y conſejos, buſcan las congeturas en el miſmo hecho en que diſcurren; y como eſte ſea vario, y de varias circunſtancias, à penas ay caſo que diga con el otro. Los que eſcriven por reglas, y tratados, ponen por mas comunes; que el teſtamento ſe aya otorgado ſin previa noticia del teſtador; que el Eſcriuano aya ſido llamado por el intereſſado, y que ſea ſoſpechoſo en la legalidad; que los tratados ſe ayã hecho entre los intereſſados; y que el Eſcriuano ſe los vaya proponiendo por eſpecial ſugeſtion; y el teſtador a todo no reſpõda mas, q̃ *Si*: En eſtas cõgeturas, para la invalidacion de el teſtamento, convienen Menochio *numer*. 38. y 39. Mantica *numer*. 8. Pechio *num*.7. Caſtillo *d.cap.27.num*. 11. 65. *&* 72. Matienço *d.Gloſſ*.16. *& in l*. 1. *num.9.& ſeqq*. Cancerio *tom.1.variar.cap.4 de teſtam.num*. 136. Philippus Paſchalis *de virib. patriæ poteſt.2.part.cap*. 8. *num*. 54. Polydorus Ripa *de actis in articulo mort. cap.21.num*.21.*& cap*.61.*à num*. 7. *& num*.14. Los que eſcriuen conſejos, fauorecen ſu cauſa, contentandoſe con fundar en el eſtado de la enfermedad, que eſtè el teſtador muy deſcaecido; que el intereſſado llamaſſe al Eſcriuano, y deſpues ſe hallaſſe inſtituido por heredero; y que el Eſcriuano fueſſe ſoſpechoſo, y ſacaſſe por preguntas ſugeſtiuas la diſpoſicion de el teſtador, no reſpondiendo el mas, que *Si*: Eſtas ſon las circunſtancias que mas comunmente ponderan, ſi bien ſe valen de las demàs, que dàn ab hypotheſi los proceſſos, Socinus Senior *conſ.92.lib*.3 Decius *conſ* 65.*lib*.2. Ruinus *conſil*. 9.*& conſil*.12. Suarez *allegat*.1. Menoch.*conſ*.45. Franciſcus Beccius *conſil*. 102. Surdus *conſ*.414. Laderchus Immolenſis *conſ*.93. Caldas Pereyra *conſ*. 24. Alciat.*lib. 9.RR. conſ*.77. Collegium Patav.*conſil*.1. *num*.18. *&* 19. *inter conſil. vltimar. volunt.lib*.1. En fin, en tanta variedad de circunſtãcias, el averiguar, quando ay falta de voluntad en eſtas reſpueſtas, y quando por ſoſpecha de fraude aya de dexar de valer la diſpoſicion, lo dexò al prudente arbitrio de Iuez, Menochio *d. præſumpt*. 8. a quien en vn tratado inſigne, que eſcriviò ſobre eſta materia, ſiguiò Franciſco Nigro Cyriaco *controuerſia* 549. *maximè num*. 71. & alijs, y pidiò ley que la determinaſſe Iulio Claro *libr*. 3.

sent.§.Testamentum,quæst. 37.*n.* 4. Que es quãto en ella se puede dezir con fundamento, y verdad.

155 Pero aplicar estas doctrinas a nuestro pleyto, es cosa tan agena, que ni aun por razon de dudar se pueden traer; porque testamẽto hecho ad interrogationem, no se llama, quando el Escriuano, ò el que cuida de ordenar el testamento, informa al que testa de lo que deue hazer, porque no yerre el acto mas solemne, y mas importante que puede celebrar; porque antes esto es cumplir con la obligacion de su oficio. Verbi gratia, dezirle, que deue instituir heredero; y preguntarle, a quien instituye? Respondiendo el testador, instituyo a Fulano; y si es poder para testar, preguntarle, a quien le dà? Y responder, a Titio. Lo mismo del señalamiento de sepultura, Albaceas, y legados. Este testamento se tiene por hecho, y por dictado de el mismo testador; y la interrogacion instructiua del Escriuano, no se tiene, ni es interrogacion, sino ministerio, y auiso. Y ningun Autor que yo aya visto, pone dolo, ni duda en este testamento, vt constat ex innumeris apud Antonium Gabriel *libr.* 4. *receptar. sent. titul. de testam. conclus.* 2.*num.*6. Menochio *dicto lib.*4.*præsumpt.*8. *numer.* 37. Gaspar Antonium Thesaurum *lib.* 2. *quæstion. forens. quæst.*99.*numer.* 11. Polydorum Ripam *de actis in articulo mortis cap.* 61.*numer.* 22. Surdum *cons.* 414. *numer.* 61. Franciscum Nigrum Cyriacum 3. *tom. dicto controuers.*549.*num.*65. Dom. Castillo *tom.*5.*controuers.cap.* 73.*column.* 2. Ad interrogationem se entiende hecho el testamento, quando es sugestiua la interrogacion, poniendo en la pregunta todo el sentido de la oracion el Escriuano, y cerrandose la clausula con vn *Si*: Pedro de Salaçar *d. cap.*3.*de vsu, & consuetud.num.*7. traxo para explicar este termino a simili vn texto muy conocido, y muy a proposito, que es la *l.*1.*§. qui quæstionem ff. de quæstionib.* verba sunt: *Qui quæstionem habiturus est, non debet specialiter interrogare, an L. Titius homicidium fecerit? Sed generaliter, quis id fecerit; alterum enim magis suggerentis, quam requirentis videtur. Et ita D. Traianus rescripsit.* Debaxo de estos terminos cae la disputa de los numeros antecedentes; pero no son los del pleyto; porque el Escriuano no sugerio, instituye V. Excelencia a su muger por su heredera, &c. Sino informò lo que deuia hazer, nuncupandolo el señor Conde-Duque.

156 Mas dizen los Autores, siguiendo el dictamen natural, y el vso, y practica comun de los negocios: que el Escriuano sin sospecha, fiel, y legal, que ayuda al enfermo que està descaydo con la enfermedad, advirtiendole lo que le puede faltar, y preguntandole lo que provablemente ha de responder, y disponer, no excede de su ministerio, antes cumple lo que toca a su oficio. Porque para esso se le llama, y para esso persona publica, y experta, de quien se

fian

fian las vltimas voluntades; y tan poco se dize este testamento hecho ad interrogationem, ni cae debaxo de aquella controuersia, si no por comun, y valido absolutamente; y de otra especie, y classe que el hecho ad interrogationem, aunque tambien sea valido. Alexandr. *consil*. 33. *num*. 9. *lib*. 3. Sylvano *consf*. 54. *numer*. 10. & 13. Fachinæus *consf*. 8. *num*. 15. Farinacius 2. *tom. criminal. consil*. 97. *num*. 18. Rota 1. *part. Diuersorum decis*. 638. *numer*. 5. Gamma *decis*. 46. Camill. Borrell. *in summa decisionum tom*. 3. *tit*. 20. *num*. 176. Dom. Castill. *dict. cap*. 27. *num*. 59. & 60.

157 Mucho menos es testamento ad interrogationem, quando despues de escrito, y dictado por voz de la parte, puesto en forma, ò como dezimos en limpio, se lee, y muestra a el testador, y los testigos instrumentales; y preguntando el Escriuano al testador, si lo otorga assi? Responde: *Si otorgo*. Porque esta es la suprema, y solemne contestacion de oficio, y no de sugestion del Escriuano, de que depende totalmente el valor del acto, *l. qui testamento* 20. §. *Veteres* 8. *ff. qui testamenta facere poss. l. hac consultissima* 8. *versic. Ac cum humana fragilitas, C. eod. tit*. Y assi se haze con sola vna palabra, *malista, maximè, si*. Es buen texto para este assumpto, y probar este principio la *l. Pamphylo* 39. §. *Propositum, ff. de legat*. 3. Propusosele a Scævola vn caso de cierto hombre, que no teniendo hijos, ni parientes, puesto en lo vltimo de la vida, llamò a sus amigos, en cuya presencia dixo, con su propria voz que los predios que señalaua, los dexaua a su contubernal, a su camarada de rancho, Gayo Seyo. El mismo Seyo interessado en la manda, reduxo a escrito la voluntad, què el que dispuso auia manifestado, y la leyò a èl, y a los testigos, preguntandole si lo mandaua assi? El que dispuso respondiò *maximè* sin añadir otra palabra. Consultòse, si podia pedir estos predios Gayo Seyo, que auia escrito por su mano, lo mismo que el testador auia pronunciado? Respondiò, Scævola, que no tenia razon de dudar que los podia pedir. Porque aquella suprema contestacion, no es mas que vn reconocimiento, que confirma la voluntad que precediò, y dà el complemento de la perseuerancia en ella. Esta doctrina de la respuesta, que se haze para la vltima contestacion, que sea oficio, y ministerio, y no sugestion de el Escriuano, à demás de ser legal, como se ha visto, es comun, practica, y estilada. Docent Menoch. *dict. lib*. 4. *præsumpt*. 8. *à num*. 9. & *num*. 34. Surd. *dict. consf*. 414. *numer*. 54. Laderchus de Immola *dict. consf*. 93. *num*. 11. Suar. *dict. alleg*. 1. *num*. 28. & 36. Castillo *d. cap*. 27. *num*. 62. Cald. *d. consf*. 24. *numer*. 10. & 14. Matienço *dict. Gloss*. 16. *numer*. 12. Flores de Mena *dict. quæst*. 1. *num*. 46. & 48. Ripa *dict. cap*. 61. *num*. 23. Thesaur. *dict. lib* 2. *quæst*. 99. *numer*. 14. Fachinæus *lib*. 5. *controuers. cap*. 69.

158 Lo probado es, que vino el

el Escriuano, que le hablò, y recibiò con agrado el señor Conde Duque: Què le preguntò, si queria hazer testamento? Que respondiò se hallaua congojado de la enfermedad, y que queria dar poder para testar a la señora Condesa, con quien tenia comunicadas las cosas de su alma, y hazienda: Què preguntandole, a quien dexaua por heredero? Respondiò, que a su muger: Què a quien por testamentarios? Que los nombrò: Què en donde se queria enterrar? Respondiò, que en Loeches en su Conuento: Que puesto esto todo en forma, y en limpio, se lo leyò el Escriuano delante de los testigos, que puso por instrumentales, y otros muchos: Què le preguntò, si lo otorgaua assi? Que respondiò, que assi lo otorgaua. Luego poner esta disposicion en terminos de disposicion, hecha por interrogacion sugestiua de el Escriuano, es contra los terminos de derecho, y vn equiuoco, que a penas causa razon de dudar, como se dixo.

159 Porque la probança que oponen a esta, ni es, ni merece nombre de probança: El testigo, que quieren que contraste a tantos, es el Padre Iuan Martinez de Ripalda (luego se verà su calidad, y la forma en que depuso) dize: Que auiendole preguntado al señor Conde Duque el Escriuano, que llegò para tratar del otorgamiento de el poder: Quien queria que fuesse su heredero? Y a quien queria dar el poder para testar? No saliò de el dicho señor Conde el nombrarle, hasta que el dicho Escriuano le nombrò a la dicha señora Condesa su muger; y entonces dixo: *Que si*. El Doctor Cypriano de Maroja, testigo que presentò el señor Marques (de quien tambien se dirà lo que toca a sus tachas,) no conuiene con el Padre Ripalda, antes conuiene mas con los examinados por nuestra parte; porque depone, que preguntando el Escriuano al señor Conde Duque, si quiera hazer testamento? Respondiò: Que no estaua para ello: Y que preguntandole, si queria dar poder para testar? Respondiò: *Que si. Y que aduirtiendole el Escriuano*, que auia de nombrar heredero, y a quien queria por heredero? Respondiò: *Que a la Condesa: Y por su testamentario*? Respondiò lo mismo; *y que queria enterrarse en su Conuento de Loeches*. En lo qual no se halla interrogacion sugestiua. Y no ay otro testigo, en quanto a esto, por mas que se rebuelva, y pondere todo el memorial. Con que queda el fundamento de esta oposicion en terminos de la deposicion sola del Padre Ripalda; contradicho por todos los testigos que se hallaron presentes al acto; y aun en lo substancial por el Doctor Maroja; sin dezir de el estado de la enfermedad de la desprevencion de el testador; de la sospecha de el Escriuano, porque en esso no habla el Padre Ripalda; sin la calidad, que en la interessada se auia de probar; y no es presumible por la alteza de su credito, y concep-

to

to: Y assi aun quando huviera gran contestacion de lo que dixo el Padre Ripalda, y fuera hecho por interrogacion sugestiua el testamento, de que estamos tan lexos, fuera valido, segun la opinion comun que dexamos fundado, y perfecto, para romper qualquier testamento anterior, vt docent Auctores, qui cõmunem sequuntur, & adstruunt, Menochius *dict. præsumpt*.8.*num*.21. Peralta *in dict. rub. de hæredib. instit. num*.81. *versic. Quarta*, Cephalus *cons*.546. *lib*.4. Surd. *dict. cons*.414. *num*.61. Burgos de Paz *consill*.11. *num*.21. *& seq.* Ripa *de actis in articulo mortis, dict. cap*.61. *à numer*. 19. Sessè *volum*. 1. *decis*.56. *numer*. 30. *versic. Tertia limitatio*, Fachinæus *lib*.5. *controuers. cap*. 70. Cancerius *dict*. 1. *tom. variar. cap*. 4. *de testament. num*. 133. & 138. Dom. Castill. 4. *tom. d. cap*. 27. *à num*. 74.

Punto Tercero de el §. Quinto.

De la legalidad de el Escriuano Bernardino de Benavides.

160 Segun buen metodo pedia la disposicion deste papel, que auiendose tratado en los dos puntos de este §. antecedentes, de la rectitud, y providencia del poder de Toro; y de su juridica formalidad; se tratasse aora de la habilidad, y capacidad del testador, que es la causa eficiente; para llegar despues a tratar de la bondad de la causa instrumental, que es el Escriuano; y assi lo ofreci en la distribucion que hize, *supra num*. 120. Pero para mayor claridad me ha parecido anteponer este punto; por lo que ha de influir en el siguiente, que es el decretorio.

161 En la instancia de tenuta a la dezima pregunta, y en la de propriedad a la vigesima nona articulò el señor Duque la fidelidad, y legalidad de Bernardino de Benauides, Escriuano de su Magestad, de el Numero, y Ayuntamiento de la Ciudad de Toro, por cuyo testimonio passò el poder para testar, que otorgò el señor Conde Duque, Memorial, *fol*. 409 B. Todos los testigos examinados en tenuta, la dizen muy llenamente, y veinte y vno examinados en este juizio; como se refiere por modo epitome, y como cosa sin cõtrouersia, desde el *num*. 1720. *hasta* 1726. Y contra ello no se articulò cosa alguna por el señor Marques en aquel juizio.

162 Pero en este juizio de propriedad, a la veinte y quatro preguntas se articulò obliquamẽte algo: Que toda la fabrica de el poder, y la informacion que se hizo vn dia despues de la muerte de el señor Conde Duque, y todo lo demàs concerniente a ello, lo dispuso, y ordenò el dicho Bernardino de Benauides por sus particulares fines, y en consideracion de las vtilidades que le auian de resultar, como con efecto le resultaron; por auer recibido de la seño-

ta Condesa, y de el Marques de Mairena, dos espejos de armar, grandes; vna colgadura rica de la historia de Gedeon; vna chocolatera de plata, y otros muchos bienes: Añadiòse tambien, que el no auer puesto la clausula, que estaua en su juizio, fue por reconocer no tenia entera capacidad. Memorial, *fol*.228.*B*. Lo que faltò en tenuta, se añadiò en propriedad, poniendole las tachas siguientes: En la segunda, añadida, *fol*. 415. que ha diligenciado este pleyto por parte del señor Duque de Medina de las Torres, como si fuera proprio. En la tercera, *fol*.418. q̃ se ha valido de diuersos medios generosos, y otros, para que generalmente ningun vezino de la Ciudad de Toro, jure en fauor de la justicia del señor Marques, y para los que han jurado no se ratifiquen, ni añadan cosa alguna. En la 4. y 5. *eodem fol*.*B*. q̃ por la mano de sus oficios, del de Escriuano Publico, del Cabildo, y Guerra, y por la violencia de su condicion, y efectos que de ella se han visto, se haze temer en la Ciudad de Toro de todos los vezinos de ella, de forma, que ninguno se atreue a dezir la verdad en este pleyto. Que es sumamente codicioso, y lo ha mostrado assi en diferentes ocasiones, faltando a las obligaciones de su oficio; que se colige de lo aumentado que se halla de caudal, auiendo sido su patrimonio de muy poca substancia.

163 Refierense tambien vnos autos, desde el *fol*. 420. *hasta el* 438. *de el Memorial*, en que se quiso probar, que muchos años despues que se otorgò el poder, y aun de auer muerto la señora Condesa de Olivares, el señor Duque de Medina de las Torres, diò a Bernardino de Benauides dos mil, ò quatro mil ducados, en los Mayordomos, y hazedores de sus rentas, de los Estados de Leon. Tuuo origen esta habla, de las noticias que depuso el Conde de la Fuente del Sauco, *numer*. 1770. que auia oido dezir a mas de treinta personas, que por San Andrès de el año de 1653. ù de 1654. que el dicho Benauides auia ido a la Ciudad de Leon a cobrar vna letra de dos mil ducados, que le auia embiado el Duque de Medina de las Torres, sobre el Tesorero de Sisas, que entonces era vn cuñado del Doctor Tendero, que no sabia la causa porque se la diò. Y se esforçò mas con la declaracion de Miguel de Vinguera, Caxero que fue de Mateo Tendero, el qual *numer*. 1780. dixo, que por el señor Duque de Medina, ò Don Iuan de Zubiauri su Contador, por vno de los años de 1652. ù de 1653. se diò vna librança a fauor de Bernardino de Benauides, para que el dicho Mateo Tendero, por quenta de la renta de el dicho Estado le pagasse quatro mil ducados. Por la qual le pagò siete mil reales, de que diò dos recibos por el mes de Nouiembre de el dicho año de 53. Y que tiene por cierto està acabada de pagar, porque Francisco Garcia Cauallero tomò a su cargo

el darle satisfacion, por quenta de lo que deuia a la casa de Tendero, y con efecto se la diò, y recogiò la librança. En el *num. siguiente* exhibiò los dos recibos de los siete mil reales, en cabeça de Don Pedro de Lemos y Grixalva, yerno de el dicho Mateo Tendero. Sobre estas noticias se hizieron tan arrestadas, y exquisitas diligencias para la averiguacion del entrego, y fin para que se entregò esta cantidad por el Doctor Don Francisco Ortiz (Autor de la informacion de Granada) como si averiguado, q̃ el señor Duque huviesse hecho esta merced al Escriuano Benauides, pudiesse influir algo en el negocio de falsedad que se trataua. Pues quando se otorgò el poder, ni su Excelẽcia, ni el Escriuano, ni otra persona mas que la señora Cõdesa, cõ quiẽ lo auia comunicado su marido, podia saber si en los llamamientos auia de llevar anterior lugar la Casa de Medina de las Torres a la de Leganès. Y en quanto a la parte de la solicitud, y agencia del pleyto, despues se verà por la probança, quan corto oficio pudo ser el de este Escriuano, y quanto huvo menester el mismo para librarse de la tempestad, que se le leuantò, por auerse otorgado ante èl este poder, de que podria yo deponer algo por el pleyto, que contra èl se siguiò en la Sala de el Crimen de Valladolid, el año de 1668. de que saliò dado por libre de la querella que le puso la viuda de Mateo Cacho, vezino de Tagarabuena, imputandole que auia muerto con veneno a su marido: sin auerse ajustado el cuerpo de el delito.

164 Pero descubriòse la verdad, y la vanidad de estas diligencias, auiendose traydo la librança original, que està en el Memorial, *numero* 1804. Dize assi: IESVS MARIA. *Madrid* 16. *de Iunio de* 1652. 16U500. *rs. Por esta primera para vltimo de Nouiembre deste año de mil y seiscientos y cinquenta y dos, pagarà V. merced a la voluntad del señor Bernardino de Benauides, vezino de la Ciudad de Toro diez y seis mil y quinientos reales de vellon, que valen quinientos y sesenta y vn mil marauedis, por recibidos de su merced. Y carguelos V. merced a mi quenta*, firmada de *Mateo Tendero*, escrita a *Don Pedro de Lemos y Grixalva*, que al pie de ella dize: *Pagarèla como en ella se contiene de el dinero de la caxa de mi señor Mateo Tendero, y lo firmè, Leon, y Agosto, veinte de mil y seiscientos y cinquenta y dos*. Y està firmada, *Don Pedro de Lemos y Grixalva*. Y tomandose segunda declaracion al dicho Miguel de Vinguera, *num.* 1796. dixo, que quando hizo la primera, estaua assustado, por auerle ido a llamar muy de priessa vn criado del Corregidor; y que tomò error en la cantidad, porque dixo ser de tres, ò quatro mil ducados la letra, no siendo de mas que de mil y quinientos; y en el dador, por auer dicho ser el señor Duque de Medina de las Torres, ò su Contador Don Iuan de Zubiauri, siendolo Mateo Tendero. De que se reconoce, con quan po-

poco conocimiento; y reparo hizo la primera declaracion, por no tener presente la letra, y auer passado años quando la hizo. Declarò tambien el dicho Don Pedro de Lemos, aceptante, *num.* 1793. dize: Que estando en Madrid su suegro, diò en èl la dicha librança, y que la aceptò por quenta de la caxa de su suegro, como de ella constarà; que la començò a pagar, y que el resto, y fin de paga quedò por quenta de Francisco Garcia Cauallero, Regidor de Toro, por lo que deuia a la casa de dicho Tendero. Y porque Lemos era Administrador de los Estados del señor Duque corriò la voz, que por quenta de su Excelencia se auia dado la letra en èl. Declara tambien al mismo tenor el dicho Francisco Garcia Cauallero, *num.* 1795. dando la razon, porque retenia la letra en su poder despues de satisfecha, y no la auia entregado a la casa de Tendero. Que es el paradero de estas diligencias; que estimaràn los señores Iuezes de que relevancia sean.

165 La informacion de Granada dà por probadas todas estas tachas, como las propuso; y supone, que los testigos no solo concluyen a los hechos, que se articulan, sino a los fines, para que se articularon, y a los motiuos que encierran las preguntas; con que convencido yà el Escriuano, no se templa en denostarle con las mas rigurosas vozes; y concluye, que se le deuia imponer la pena que tuvo Cham, que auiendo tomado las prendas de la tierra de Iericò, como refiere *el capit. 20. de Iosuè*, y indignadose Dios, se echaron suertes; el reo confessò su delito: y todauia el Iuez recurriò a la vltima, y mas eficaz prueva, que fue a su casa, y en ella se hallaron las prendas, plata, regla de oro, y capote bordado: Si en casa de Benauides, estàn los bufetes, chocolatera, y xicaras de plata, y està el relox de oro, que es regla, y està el capote bordado; què razon ay para no juzgar contra Benauides lo mismo que juzgò Dios contra Cham. Son sus palabras en el *num.* 417. con aquella reserva, *si fas est dicere*, *hablando con la humildad, y rendimiento que deuemos*. Yo no soy Escriturario, ni me atreuo a vsar de lugares de aquellos Sacro-Santos libros, para scommas, y dicterios, porque lo veo reprobado en el Santo Concil. Tridentin. *Sess.* 4. in Decreto *de editione, & vsu Sacrorum librorum*, per hæc verba: *Post hac temeritatem illam reprimere volens, qua ad prophana quaque convertuntur, & torquentur verba, & sententia Sacra Scriptura, ad scurrilia scilicet, fabulosa, vana, adulationes, & detractiones, &c. Libellos etiam famosos; mandat, & pracipit ad tollendam huiusmodi irreuerentiam, & contemptum; ne de catero quisquam quomodolibet verba Sacra Scriptura ad hac, & similia audeat vsurpare*. Y quando para fundamento de la justicia (muy raras vezes por ser otra mi professlon, y otros los testimonios, y auctoridades de que los Iuristas se valen) procuro tomar

mar el proprio sentido de quien por su ciencia Theologica me le puede assegurar: Vi el *capitulo* 20. *de Iosuè*, y no trata de lo que insinua la informacion de Granada; pero persuadome que quiso citar el *cap.*7. del mismo libro, donde se historia el caso de Achan, y no de Cham, como dize; en que el Pueblo perdiò la jornada de la Ciudad de Hai, por la prevaricacion de Achan, hijo de Carmo, porque auiendo mandado Dios por Iosuè, que toda la pressa de oro, y plata, y vasos de hierro, y de metal se consagrasse a Dios, y se repusiesse entre sus tesoros de lo que se cogiesse del enemigo en la Ciudad de Ierico, por auerse cogido por solas las armas de su omnipotencia: Achan de los despojos hurtò vn pallio coccineo muy bueno; docientos siclos de plata; y vna regla de oro, que pessaua cinquenta siclos, que era peso, y moneda; estas prendas fueron las que hallaron los Ministros de Iosuè en la tienda de este Soldado: Con que convicto por la demonstracion del hecho, y confesso por su boca, dize el Sagrado Texto: *Lapidavitque eum omnis Israel. & cuncta quæ illius erant, igne consumpta sunt.* Tambien dize con diuina advertencia, que indiciado por las suertes Achan, le preguntò, ò requiriò Iosuè por estas palabras: *Fili mi, da gloriam Domino Deo Israel, & confitere, atque indica mihi quid feceris.* Que es muy proprio de grandes Iuezes, y espiritus generosos, tratar bien de palabra a los que despues han de quitar la vida, por pedirlo la justicia; que es nota de vn Autor politico sobre este caso de Achan. Mas aplicable contra la informacion de Granada, que el castigo contra Benauides; que de verdad ninguno de los delitos que se le imputan cometiò: Y no auiendo de lleuar la pena, porque para ello no huvo razon de justicia; se le afrenta, y injuria tan atrozmente, como si cōsistiera la pena en la nota de las palabras.

166 Para responder a las doctrinas, ponderaciones, y exageraciones, que contra la legalidad de Bernardino de Benauides haze la informacion de Granada, no hallo medio mas facil, ni mas concluyente (aunque dilate el papel) que referir las deposiciones de los testigos, de que se valiò en su fauor el señor Marques; porque si ellos no le culpassen, poco importa, que le acusen sus Abogados. Don Francisco Garcia de Hoyos, *numer.* 821. dize: Que oyò dezir (no dize a quien) que la señora Condesa le diò dos espejos grandes, y dos bufetillos de plata, y vna chocolatera; aunque Don Alvaro Cosio le dixo al testigo, que los bufetillos los tenia en empeño: Y que tambien oyò dezir, no sabe a quien, mas que fue publico, que tambien le auia dado vna colgadura, ò tapizeria: Y que el señor Duque de Medina de las Torres le auia dado vna librança de dos mil ducados, que fue publico que la auia ido a cobrar a Leon desde Ma-

 drid.

drid. Antonio Garcia, *num.* 822. que el dicho Benauides tiene en su poder vna tapiceria muy rica, y vna alfombra muy buena, vn relox de grande estimacion, y vnos bufetes de plata; y esto confiessa el dicho Benauides se lo dieron; pero ha dicho tambien, que la tapiceria se la comprò a la señora Condesa, y que los bufetes de plata los tiene en empeño, y que la alfombra se la dieron despues de la muerte de el señor Conde Duque, por los papeles que hizo tambien despues de su muerte. Y tambien oyò dezir, que la señora Condesa le diò el relox, luego que muriò el señor Conde Duque. Fray Iulian de Naual Carnero, Capuchino, *num.* 825. que lo que entonces se dezia, y corria comunmente en la dicha Ciudad, fue, que al dicho Benauides le auia valido el otorgamiento de el dicho poder muy bien; porque le auian dado muchas dadiuas: respecto de que el dicho otorgamiento se auia hecho con retiro, y no hallandose a èl mas que los testigos de el dicho poder, y el Marques de Mayrena, y que assi oyò dezir se auia hecho. No señala personas, ni dize ninguna cosa con mas noticia, ni especialidad. La señora Doña Iuana de Velasco, *num.* 828. que no sabe le diessen la colgadura, porque oyò dezir, que la auia comprado. Y que los espejos, y chocolatera se le diò en Loeches, quando fue alli el dicho Escriuano, y que no sabe le diessen otra cosa. Don Alvaro Cosio, *numer.* 739. de oidas a Don Francisco de Victoria, dize: Que la Condesa le diò en Loeches los espejos, y la chocolatera; y que ha visto en su casa vna tapiceria de la historia de Gedeon, y vna alfombra, que no sabe de que manera la tiene; y que tambien ha visto en casa de el susodicho dos bufetes de plata, lisos, pequeños, para estrado los quales sabe estàn empeñados por parte de la Marquesa de Mairena, que es quien pretende los ha de auer, pagando doce mil reales, en que dize estauan empeñados, por tantos que prestò el dicho Bernardino de Benauides; y que lo que toca a los bufetes, lo sabe el testigo por cartas que ha tenido de la Marquesa de Mairena, en razon de este desempeño. Antonio de Salcedo, *num.* 742. de los espejos, y otras niñerias, que no se acuerda, dize lo mismo de oidas al dicho Victoria: Y añade, que vn relox grãde de muestra, que traia de ordinario el dicho señor Conde, le ha visto en poder de el dicho Benauides; y no sabe, si se le diò su Excelencia, ù despues de su muerte la señora Condesa, ò Marques de Mairena: Y que vna colgadura que tiene la auia comprado despues de la muerte de el señor Conde Duque, que assi se lo dixo el dicho Benauides. Y tiene en su poder dos bufetillos de plata en empeño de mil ducados, y que el testigo ha tratado de su desempeño por orden de el señor Don Iuan Gonçalez. Y tambien ha oido dezir al dicho Benauides, que comprò vna alfombra despues de la

muer-

muerte de el señor Conde, de las que su Excelencia tenia en su casa. Don Geronimo Portocarrero *numer.* 747. que oyò dezir al dicho Benauides, que la señora Condesa le auia dado en Loeches dos espejos muy buenos, y vna chocolatera de plata. Y que tiene en su poder vna tapiceria de paños, que fue de el señor Conde Duque, que ha oido dezir la comprò, y diò el dinero para la jornada de la señora Condesa, y assi lo oyò dezir comunmente en aquella Ciudad. Y que ha oido dezir, que los dos bufetes de plata son de la señora Marquesa de Mairena, y que estàn empeñados en doze mil reales; y esto ha oido dezir al mismo Bernardino de Benauides. Y que ha visto en poder del dicho Benauides vn relox muy bueno, que traia el señor Conde; no sabe quien se le diò. Don Antonio Ramirez de Arellano, *num.* 750. que sabe que la señora Condesa le diò en Loeches dos espejos grãdes, vnas chocolateras, no sabe de que metal, vna capa aforrada en felpa. Pero si se le dieron estas dadiuas, porque entregasse la informacion, ò por auerle seruido el dicho Bernadino de Benauides, y regalado mucho a los dichos señores Conde, ò Condesa de Olivares, como es cierto lo hizo, el testigo no lo sabe; pero sabe los regalos, y assistencias, que el dicho Bernardino de Benauides les hizo, &c. Y que sabe que tiene en su casa la tapiceria, bufetillos, y relox; pero ha oido dezir publicamente en la dicha Ciudad, que comprò la tapiceria a la señora Condesa, y que tiene los bufetillos en empeño, y que el relox se le diò despues de la muerte de su marido. El Conde de la Fuente, *num.* 759. diziendo de las alhajas, en quanto a la tapiceria, dize: Que ha oido dezir a otras personas (no nombra) que quedò empeñada en quinientos ducados, y los dos bufetes en mil ducados. Don Alonso Christoval Arias, *num.* 762. dize: Que quiso la señora Condesa recoger la informaciõ, y q̃ a este fin diò las dichas dadiuas a Benauides; pero es por oidas de el mismo genero vagas, sin señalar personas. Iuan de Torres, *numer.* 766. Dize de auer visto en poder de Benauides las alhajas: y concluye, que todas ellas, excepto los espejos, segun le dixo èl mismo, las tiene en empeño de dos mil ducados poco mas, ò menos. Don Francisco de Victoria, *num.* 768. quenta muy largamente la jornada, que èl, y Benauides hizieron a Loeches desde Madrid, dize: Que dandole las gracias al Marques de Mairena, dixo, que se las auia dado en pago de las alverchigas, que le auia embiado, y para que le embiasse mas. De la tapiceria, dize, que oyò dezir, que la auia comprado despues, que auia muerto el Conde; y que viò en su poder vn relox de plata, que era el que ordinariamente traia consigo el dicho señor Conde, que auia oido dezir muchas vezes al dicho Benauides, q̃ despues se lo auia embiado. Don Diego Vaz-

quez de Aldana, *num.* 773. dize muy largamente de los fines, y de las dadiuas. Y reconoce assi, y que si lo vno, ò lo otro fue dado, ò no, ò tuvo alguna razon de empeño no lo sabe. Don Francisco de Hoyos Montoya *num.* 775. lo mismo que el antecedente, y que dixo el dicho Benauides a los Agentes de el señor Duque de Medina de las Torres, que entonces servian a la señora Condesa; què como la señora Marquesa de Mairena no desempeñaua las prendas que tenia empeñadas? Y que respondiò el testigo, las prendas que tiene en empeño mi señora la Marquesa, yo sè las que son; para darle a entender, que solos los bufetillos eran de empeño, y las demàs prendas eran del señor Conde Duque, dadas por la señora Condesa, y Marques de Mairena. Antonia Garcia, *num.* 776. Dize de las dadiuas de Loeches, y de la tapiceria, alfombra, relox, y bufetillos. En quanto a los bufetillos que le auia dicho Benauides, que los tenia en empeño, con cedula; y què comprò a la señora Condesa la tapiceria: *Que no sabe que fuesse; porque el susodicho en materia de su oficio faltasse en nada a la legalidad; porque antes le tiene por fiel, y legal.* Domingo de Ribera, *numer.* 778. refiere las dadiuas de Loeches, y que le dixo Bernardino de Benavides, que valdrian de cinco a seis mil reales, y que ha oido dezir al susodicho le auia dado la señora Condesa otras muchas cosas de valor, como vn relox, y vna piña de plata, muy buena; para dixa al niño; y que tambien sabe estàn en poder del susodicho vna tapiceria, y vnos bufetes de plata, que vno, y otro ha oido dezir està en empeño, que no sabe por que causa le hizo las dadiuas, mas de que ha oido generalmente en la dicha Ciudad, y no se acuerda a que personas, que los dichas dadiuas se las auian dado, porque auia andado muy diligente el susodicho en despachar todos los negocios que tocauan al testamento del dicho señor Conde Duque. Y en el *numero siguiente*, añade que le viò despues de la muerte de el señor Conde Duque assistir a escriuir, y buscar dineros para los gastos tan grandes que se hizieron en aquella Ciudad, y por el camino para llevar el cuerpo del señor Conde Duque a Loeches. La señora Doña Iuana de Velasco, *num.* 782. que no sabe que la señora Condesa le huviesse dado nada; que el Marques de Mairena le diò dos espejos de poco valor, y vn recado para hazer chocolate, que a su parecer valdria quatrocientos reales.

163 De el epilogo desta probança. Lo primero consta, que los bufetillos de plata estàn en empeño, y que son de la señora Marquesa de Mairena; pues lo dize el Agente del señor Marques, y quiẽ tuvo las cartas para tratar del desempeño, y de oidas muchos testigos. Lo segundo, en quanto a la tapiceria de la historia de Gedeon, no se prueva que se la donasse la se-

señora Condesa, ni ay motiuo ninguno para fundar este titulo, mas que auerla visto los testigos en casa de Bernardino de Benauides, que no concluye mas a vn titulo, que a otro. Con que siendo tantos los que deponen, que la comprò, ò tomò en empeño por el dinero que prestò, y gastos a que ayudò a la señora Condesa para salir de Toro, toda la deposicion se ha de tomar junta; con que estas dos alhajas se exceptuan de la donacion. Con harta indecision se habla tambien en lo tocante a la alfombra; y ningun testigo dize en quanto a ella, que fuesse donada, antes los pocos que deponen, la juntan con la tapiceria en razon del empeño. Y si se verifica la donacion, por hallarse en poder de Bernardino de Benauides; pudierase tambien con el mismo fundamento sospechar en peor titulo; tampoco se puede ajustar de que precio fuesse esta alhaja. Y quando fuesse donada, lo que se liquida auerse donado en Toro a Bernardino de Benauides por tan grandes señores, es la alfombra, vn relox de muestra, que vnos dizen, que es de oro, y otros de plata; y vn testigo solo, a lo que he podido entender: Añade, que tambien le dieron vna piña de plata, para dix de vn niño que tenia. Y reconocen los testigos el obsequio, y puntualidad con que servia a los señores, y los festejos q̃ les hazia por tenerlos gratos, a demàs de lo que sirviò en su oficio despues que autorizò el poder, que passò por su testimonio. Pues què delito, que absurdo, ò que impropriedad contiene, que la señora Condesa huviesse donado a vn Escriuano, que en su viudez la assistia, y servia en lo que alcançaua su caudal, y ministerio estas alhajas, y que èl las recibiesse? Injuria se haze a la magnificencia de tan gran señora, placear lo que diò. Tiraquello *de nobilitat. capit.* 37. *numer.* 40. dixo, que auia de estar escrito con letras de oro el texto, en el *capit.* 1. *de donat.* cuyas palabras son: *Hanc sibi quodammodo nobilitas legem ponit, vt debere se, quod sponte tribuit æstimet, & nisi in beneficijs suis creverit, nihil profecisse se reputet.* Di la razon en mi *capit.* 1. *de donationib. num.* 4. repetitvique D. Præses Dom. Emanuel Gonçalez Tellez *incommentar. ad eundem text.*

168 Mucho se prometiò la informacion de Granada, que auia de convencer con estas dadivas. Lo primero fue, que con mira a ellas se auia fraguado la falsedad del poder, y la cautela de la informacion de Toro; porque assi lo articularon los Abogados. Yà se vee, que ningun testigo tal dize, ni por leue sospecha, antes en estos mismos articulos, vn testigo contrario le abona de fiel, y legal; con que no hallo cõtra quiẽ disputar. La probança del señor Duque de Medina de las Torres, prueva la legalidad de el Escriuano con muy gran numero de tes-

tigos: La del señor Marques de Leganès no le toca en punto de su fidelidad, ni ay quien contra ella diga: Pues que tengo de fundar, ò disputar, si son estas las probanças?

169 Lo segundo, con pretexto de las dadiuas de Loeches, se tirò a contrario intento: Pruevase, que auiendo ido a Loeches Bernardino de Benauides a visitar a la señora Condesa, y demàs señores, su Excelencia, ò el Marques de Mairena, le dieron dos espejos grandes, con marco de ebano, y vna chocolatera de plata, y recado de hazer chocolate. Vn testigo dize, que valdria seis mil reales esta dadiua, ò cinco mil, por oidas a el mismo Escriuano; y la señora Doña Iuana de Velasco la dà menor estimacion, como se ha dicho. El motiuo que se dà a esta dadiua, es mas especial; porque entregasse la informacion de sanidad de juizio del señor Conde-Duque, que el dia despues de su muerte se hizo en Toro, y auia passado por testimonio del dicho Bernardino de Benauides. Que quiso recoger la señora Condesa, para que valiesse el testamento de mil seiscientos y quarenta y dos: y que Bernardino de Benauides no la quiso entregar, aunque vino por ella el Licenciado Don Diego de Araque, y despues el Marques de Mairena en persona, con tres mil doblones, para negociarlo, y que se bolviò sin ella; como singularmente depone la señora Doña Iuana de Velasco.

170 En esta accion (dexando la parte que toca a la voluntad de la señora Condesa, en que despues se hablarà) yo no discurro mas, que vna accion muy justa, y muy legal del Escriuano. Porque por nuestras leyes, està obligado debaxo de graues penas de perjuro, infame, y falsario, de guardar el registro, ò protocolo, de todas las escrituras, y autos que passan por su testimonio, sin romperlos, chancelarlos, ni entregarlos a las partes, aunque vna, y mas vezes los aya dado firmados; para que en èl, y en sus sucessores, quede perpetua noticia del original, *l. 8. & 9. tit. 19. part. 3.* & ibi Gregor. *l. 2. tit. 8. lib. 1. Fori legum, l. 12. 13. 24. & 45. titul. 25. lib. 4. Compilat.* docent ex nostratibus Auilès *ad capit. Prætor. capit. 36. numer. 1. & finali,* Dom. Couarrub. *in practicis cap. 19. & duob. seqq.* Nauarr. *in manuali capit. 25. numer. 52.* Didacus Perez *in l. 2. tit. 15. lib. 2. Ordinam. quæst. 6. per totam,* Azeved. *in dict. l. 12. numer. 5.* Paz *in praxi annotat. vltim. de Tabellione, numer. 28. & 29.* Pareja *de vniuersa instrument. edit. titul. 1. resol. 3. §. 1. ferè per totum, maximè numer. 53. & duob. seqq.* Carrasco de el Saz *ad leg. noua Recopilat. capitul. 11. ex numer. 5.* & remissiuè ad eum Dom. Olea *de cesion. iur. & action. titul. 1. quæst. 5. numer. vltim.* Pragmaticus Siguença *de clausilis lib. 1. capitul. 1. numer. 31. & duob. seqq.* A estas leyes, y a tan capital obligacion faltan-

tara, si huviera roto, ò entregado a la parte la informacion que ante èl se huuiera hecho; y por el contrario, no la entregando, cumpliò la mas precisa obligacion de conciencia, y oficio. Por esto no se dexò lleuar del cohecho tan grande, que traia que ofrecerle el Marques de Mairena, de que depuso la señora Doña Iuana de Velasco, ni condecendiò a los ruegos, y diligencias, que dizen de oidas, y congeturas los demàs testigos; y sin embargo por esta accion se le acusa, y denuesta. *De bono opere non te lapidamus*, se lee en el Euangelio; y aqui se le condena a apedrear con vn lugar de Iosuè, como a Achan, por la mas heroyca accion, que vn Escriuano puede hazer, que es retener, y guardar fielmente sus protocolos. Pongamos el caso contrario, que este Escriva no huviesse entregado contra las leyes de su oficio la informaciō original; y que siguiēdose este pleyto se pidiesse vna copia de ella, y que por no la tener en su poder no la daua; y que se le probasse la entrega, ò prodicion por dezirlo mas propriamente; en este caso, que pena le correspondería, y que nota? Yà auemos visto lo que dizen las leyes, y Autores del Reyno; de los Estrangeros, por todos se podrà leer Farinacio en lo de *falsitate quæst*. 154. *ex num*. 30. Si por entregarla mereceria pena, y nota de falsario; consiguiente cosa es, que por no lo auer hecho sea digno de elogio opuesto a aquella nota.

171 Acerca de la voluntad de la señora Condesa de recoger la informacion (para que quede dicho aqui) yo no hallo mas probança, que las deposiciones de Don Gabriel de Rubal Zabal y Guerra, Cauallero de el Abito de Santiago, *numero setecientos y ochenta y cinco*, y de la señora Doña Iuana de Velasco, que dize lo que queda referido, *numero setecientos y ochenta y siete*, dize: Que estando indispuesta la señora Condesa, en vna casa de esta Villa, a la Calle de Alcalà, se juntaron en su casa los parientes de su Excelencia, y de el señor Conde-Duque, que nombra el testigo; y acordaron, que fuesse èl mismo a Toro, y procurasse con el Escriuano que entregasse original el poder para testar, y la informacion, y traxesse vno, y otro original, ò lo que mas fuesse en presencia del Escriuano. Que fue, y que el Escriuano se ocultò sabiendo a la diligencia a que iba; y que sin conseguir lo intentado, se bolviò, y entregò la instruccion al señor Marques de Leganès, y al señor Conde de Monte-Rey, y al Padre Iuan Martinez de Ripalda: *Que fue quien le diò, y dixo de advertencias, como auia de buscar al dicho Escriuano*. Pareceme, que en estas solicitudes huuo mucho de diligencias, y poco de segura Theulugia; porque ningun Moralista de conciencia las podria salvar. Pues obligar, ò solicitar, que vn Escriuano entregasse dos instrumentos tan capitales como estos

tos, no se puede hazer sin gran pecado de injusticia, cooperando a la falsedad. En la sinceridad, y verdad de la señora Condesa, persuadida de sus parientes, y mas personas, que no faltarian Abogados; por lo menos se hallò en la junta el Padre Iuan Martinez de Ripalda, no ay mucho que hazer reparo: *Ducitur à suis, vt nervis alienis mobile lignum*, dixo muy semejantemente Claudiano. Y es cierto, que ya auia vsado de el poder, y dispuesto como heredera, y como testamentaria; con que estaua segura a su parecer, de auer executado la voluntad de su marido. Todo lo qual se dize en suposicion, y esse caso no concedido, que tuviesse noticia de lo que ordenauan los parientes de recoger esta informacion; porque a la verdad no ay mas testigo que el Padre Iuan Martinez de Ripalda, de que se procurasse por su orden; en que es singular, como se nota *infra numero ducientos y diez, y ocho.* Mas alma tenia el consejo de lo que su Excelencia quizàs podia imaginar: El señor Marques de Leganès se juzgaua mas interessado por la disposicion del año de mil y seiscientos y quarenta y dos, que por las hechas en virtud de el poder de Toro: La señora Condesa no se queria apartar de sus vltimas voluntades, ni a ello la podian persuadir, ni se atreuerian a hazerlo claramente; porque si quisiesse, pudo revocar el testamento que hizo como heredera, que era el todo, y mandar se estuuiesse por el de el año de mil y seiscientos y quarenta y dos, con que le daua vida en virtud de su vltima voluntad, sin inconveniente, y sin denotar escrupulo ninguno, que es cautela juridica de la *l. si quis priore 29. ff. ad Senatus Consultum Trebellianum*, que no ignorauã sus Abogados, por ser muy doctos, y porque vno de ellos la cita varias vezes en las informaciones que he visto; y esta no se tuuo por idonea, ò bastante. El intento, pues, seria todo contra el señor Duque de Medina de las Torres; quemar los originales, para que quando se presentasse el testamento, inserto el poder, se redarguyesse de falso el poder, en cuya virtud se auia hecho, y en que estaua la institucion de heredera; para que pidiendo se traxesse el protocolo, que es diligencia legal, y ordinaria, no pareciendo, se diesse por nula la institucion, y el testamento, ò por lo menos vacilasse tanto, como vacilaria, mientras se probasse el otorgamiento, y tenor, en la forma que pide el derecho, que es bien dificultosa. Todo esto es congetural, sin mas fundamento, que el que le puede dar el discurso, sugeto a el de los señores Iuezes, que en la astucia que oy se vsa de los negocios, deuen indagar la verdad, conforme a el interès, que de las acciones pueden conseguir las partes. Digno es de leerse Apuleyo, *en la primera apologia despues de el medio*, como le suelen di-

dividir. *Hic ego, Maxime, quanquam sedulò in præsentiarum a laudibus tuis tempero, ne vbi tibi ob causam istam videar blandiri, tamen solertiam tuam in percontando nequeo, quin laudem. Dudum enim cum agitarentur hæc, quæsisti tu nimis quam prudenter, quod mihi emolumentum fuerit incantandi? Responderunt, vt mulier rueret. Quid deinde mortua est, inquis? Negarunt. Quid ergo dicitur, quod Apuleij commodum, si ruisset? Ità enim pulchrè ac perseveranter tertio quæsivisti, vt qui scires omnium factorum rationes diligenter examinandas, ac sæpius causas quæri, facta concedi, eoque etiam, patronos litigatorum causidicos nominari, quod cur quæque facta sint, expediant*. Concedamos el hecho, que se intentò recoger el poder, y la informacion por consejo de los señores parientes, a que diesse assenso la señora Condesa, sin perjuicio de la verdad: Averiguemos si seria por escrupulo, que su Excelencia tuviesse de no estar legalmente otorgado el poder de Toro? Esto se lo dixo al testigo, y lo publicò varias vezes, y en varias ocasiones el Padre Iuan Martinez de Ripalda; pero para què, ò por q̃ interès de su Excelencia? Si estaua cargada de el escrupulo, de auer intervenido a cosa que desdixesse de su sangre, y de la rectitud de su conciencia; y no quisiesse declararlo claramente, como dezia el Padre Iuan Martinez de Ripalda; facil medio era el revocar su testamento proprio hecho, como heredera, y mandar se guardasse en todo el de mil y seiscientos y quarenta y dos. Con que en su Excelencia no se halla motiuo, ni aun imaginario, para cooperar a tal falsedad sin causa. En el Padre Iuan Martinez Ripalda, como se averiguarà en el Parrafo siguiente, y queda notado, yà se hallò dictamen de preferir vna casa a otra, postergando la de Medina: y para intentar hazer vn instrumento con antedata, para derribar el poder, y sus disposiciones. Pues aora juzgue qualquiera de la substancia de estas diligencias.

172 Otro argumento se haze contra la fidelidad, y legalidad de Bernardino de Benauides; que es, que vn dia despues que el señor Conde-Duque muriò, hizo ante si vna informacion sumaria, en que examinò los testigos instrumentales de el poder, excepto el Doctor Maroja, que auia partido yà a Valladolid; y a demàs de los instrumentales, otros domesticos de el señor Conde Duque; el fin se dize, que fue para que prendados con este juramento perseverassen siempre en la misma deposicion, no se atreuiendo a dezir la verdad, por miedo de contradezirse, y variar; expuestos a la infamia, y a la pena; en que se reconoce la mala fee, y dolo con que le otorgò. La forma se culpa tambien, porque fue sin poder de la señora Condesa el poder, que precediò a la peticion, y decreto, para que se recibiesse la informa-

cion, y sin comision de el Iuez; y aun se quiere alegar ignorancia, ò defecto de voluntad de la señora Condesa; porque antes que juzgasse estar acabada esta informacion, embiò orden para que se cessasse en ella, quando ya lo estava.

173 Antes que digamos la verdad, de que consta por los autos, repararèmos en el fin, que es muy ligero, ò sutil, y que a ningun Oficial experto, y sabio en su oficio, como este Escriuano, pudo mouer. Porque reconociendo cautamente (en que no ay culpa, por ser consejo de derecho, *disce cautius negotiari*, quod prostat *in l. incivilem 2. C. de furtis.* ibi: *Curate igitur cautius negotiari, ne tantum in damna huiusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis*) que se otorgaua vn poder para testar por vn gran señor, afligido de graue enfermedad, en que auia padecido delirio, y que podia sobrevenir despues, y disputarse por los interessados de igual presupuesto, y autoridad, si estaua, ò no capaz para testar, quedando su fee expuesta a la contestacion de los testigos; ne in criminis suspicionem incideret, se previno sabiamente de que firmassen el instrumento, para que constasse en todo tiempo, assi de su presencia deliberada, como en otra parte se ha dicho; como de la suprema contestacion de el testador, y conformidad de lo que se le auia leydo, y recitado por el Escriuano; esta accion, que tambiē se ha querido culpar, queda yà apoyada por juridica, y prudente; de ella lo que resulta, es, que el testigo que intervino por instrumental, y confiessa su assistencia a el acto, no puede despues atestiguar contra èl; porque alega, y atestigua su propria torpeza; pues si era injusto, ò ilicito, no le deviò confirmar con su presencia, y testimonio. Menochius *lib. 2. de arbitrar. casu* 105. *nu.* 23. Gratian. *discept.* 843. *numer.* 17. Trentacinquius *lib. 2. variar. titul. de fideinstrum. resol.* 6. *num.* 7. Capicio *decis.* 192. *num.* 5. Sessè *volum.* 2. *decis.* 119 *num.* 34. Surdo *consil.* 378. *num.* 21. Altogradus *cons.* 50. *num.* 53. Borrell. *cons.* 44. *ex numer.* 13. Giurba *cons.* 78. *num.* 10. Fachinæus, *lib.* 2. *cons.* 24. *numer.* 10. Porque con auerle autorizado, y firmadole, le aprobò, y abonò, vt docet doctissimus Menochio *lib.* 3. *præsumpt.* 66. *à numer.* 7. Y assi parece superflua qualquiera otra cautela irregular que se añadiesse a esta regular, y juridica. Ademàs, que de la pena de el perjuro, ò contradicion les podria escusar, y aun relevar *magna verecundia ei, quem in præsenti pudor est ad resistendum*, vt alias loquitur Paulus *in l. penult. de furt.* Pero de el ser voluntariamente testigos, sin mãdarselo nadie, mas que el rogito de el Escrivano, que tan facilmente se pudo escusar, ò con escusar la presencia, ò con otro pretexto, no parece que ay cosa que escuse para impugnar despues lo mismo que se aprobò. Y

Y assi parece ; que no ay fin que motiuasse al Escriuano esta diligencia; no discurro en las nulidades que se alegan contra la informacion, porque no fundamos en su valor, sino en lo que los testigos depusieron lite contestata, & citata parte.

174 Pero llegando a la verdad de el hecho, que consta por los autos, es mucho que se insista en esta oposicion. Porque quien aconsejò, y insistiò a que la informacion se hiziesse, y en cuyo quarto se hizo, fue el Padre Iuan Martinez de Ripalda; y el que disculpò el hazerla, a los que le dezian que no parecia bien que se hiziesse, ni era a proposito. Referirè distintamente lo que los testigos de el señor Marques de Leganès, dizen, reproducidos contra producentem, para que hagan mas fee. Don Francisco de Vitoria, *numero* 689. dize: Que reconociendo todos los hombres de buen juizio, que para la validacion de el poder bastaua que se huviesse otorgado ante Escriuano fiel, y legal, y en presencia de testigos, tuvieron la de la informacion por diligencia afectada: *Y el testigo oyò dezir, que el dicho Bernardino de Benauides lo auia preuenido, y advertido assi.* Son sus palabras. Don Alvaro de Cosio, *numer.* 693. refiere lo que oyò a Antonio de Barja; a quien califica por hombre de suma verdad, y credito; que Bernardino de Benavides luego que supo se tratauà de hazer la dicha informacion, se fue al dicho Antonio Barja; y le dixo, que el hazerla parecia mal, y cosa afectada, y que arguia poca seguridad, y era poner en sospecha la accion: Y que el dicho Antonio de Barja fue con esta conferencia al dicho Padre Ripalda, para si podia estorvar con su Excelẽcia que se hiziesse, a que dicho Ripalda; respondiò, se hazia por consuelo de su Excelencia, y q̃ no conocia biẽ gente Palaciega. Antonio Garcia, *numer.* 695. de oidas a Benauides: Que no podia remediar que no se hiziesse la dicha informacion, porque era gusto de la señora Condesa, y del Padre Ripalda. La señora D. Iuana de Velasco *n.* 698. que el Padre Iuan Martinez de Ripalda dixo a la señora Condesa, que auia oido que se murmurava el poder, que se persuadia se le auian de seguir muchos pleytos: Que su Excelencia le dixo fuesse a vn Letrado; y que el Letrado aconsejò se hiziesse vna informacion, de que su Excelencia estuvo en su juizio quando le otorgò, y que assi se executò, temiendo de los criados de quien se sospechava, por lisongear, ò por otras razones, dixessen despues, que el señor Conde Duque no estuvo en su juizio, para assegurarlos por esta informacion. Y oyò dezir se auia hecho en el aposento del Padre Iuan Martinez de Ripalda. El Conde de la Fuente, *numer.* 704. Que oyò dezir en cierta ocasion, que llamando el Padre Ripalda a vn Page, que era Don Fulano de

In-

Insunça, y era Vizcayno, para que dixesse en la dicha informacion, auia respondido: *Que quiere el Padre Ripalda, dexeme, que no quiero dezir; quiere que me lleue el Diablo.* Reparo en quien instaua, que era el Padre Iuan Martinez de Ripalda; las palabras que dixo el Page, refiere el Padre Fray Iuan de Santo Thoma, *numer.* 701. que le llamauan para que jurasse, que quando otorgò el poder su amo, estaua en juizio, y que èl no queria jurar; y que el modo de disculparse fue; llamen a otro, que yo no puedo ir. Que no es tanto como lo que dize el Conde que oyò dezir. El Padre Iuan Martinez de Ripalda, *num.* 718. no se atreviò a dar por autor de la informacion a Bernardino de Benauides; pero tampoco se descubriò, y con la arte, y dissimulacion propria de su ingenio, concluyò assi en su declaracion. Que luego que muriò el dicho señor Conde Duque, para ocurrir a la dificultad que se podia ofrecer sobre el valor de el dicho poder a pedimiento de la dicha señora Condesa, que quedaua por heredera, se hizo informacion en la dicha Ciudad de Toro, para aueriguar estaua con juizio el señor Conde Duque, quando lo otorgò; y esto se hizo con todo cuydado, y prevencion de empeñar a los criados de importancia, para que despues no dixessen lo contrario. No era menester poner mas dichos de testigos que los contrarios, para convencer que fue la viueza de el Padre Iuan Martinez de Ripalda, architecto desta informacion, cuya invēcion se achaca a Bernardino de Benauides; pues de ellos se reconoce claramente; lo mismo pruevan *a la 19. de propriedad, y 20. de tenuta, fol.* 381. *B. de el Memorial*, los examinados por el señor Duque de Medina de las Torres. Artus de Roy, *numer.* 1584. que a el dia veinte y tres le llamò el Padre Iuan Martinez de Ripalda, y le llevò a su posento, donde estaua Bernardino de Benavides, Escrivano, y otros que nombra, y alli dixo su dicho ante el dicho Escrivano, en razon de auer estado en su juizio el Miercoles su Excelencia. Fray Francisco de Insunça, *num.* 1586. que el dia siguiente a la muerte de el señor Conde Duque trataua el Padre Iuan Martinez de Ripalda, de hazer vna informacion, y para esto iba llamando los criados, y personas de mas calidad, y que mas assistieron al señor Conde Duque en su enfermedad, para que dixessen, &c. El Doctor Francisco de Medina, *num.* 1588. que el Padre Iuan Martinez de Ripalda, hablò al testigo, para que dixesse en la dicha informacion, como con efecto lo hizo. El mismo Bernardino de Benavides cuenta el caso como sucediò, *num.* 1590. pero passemos a otro. El Doctor Pedro Dominguez Moreno, Abogado en la Ciudad de Toro, *nu.* 1592. que fue llamado por el Padre Ripalda; y estando en su quarto solo el testigo con el susodicho, confirien-

riendo sobre el dicho poder: *Y haziendo reparo el dicho Padre Ripalda, de que en èl no estaua puesto, ni dado fee de como dicho señor Conde estava en su entendimiento, y juizio natural quando le otorgò: El testigo le respondiò, que dicho Escriuano auia cumplido con su oficio* (alude a lo que el mismo Benauides dize en el *numero* antecedente, citando a Monterroso, que no pone tal clausula en la nota de semejantes poderes, como se ha dicho, y ponderado.) *Y reconociendo el testigo a su parecer, que el intento del Padre Ripalda, era querer ajustar, como el señor Conde auia estado en su juizio, y entendimiento natural, quando otorgò el dicho poder; entonces el testigo le dixo, y respondiò, que si assi le parecia que convenia se hiziesse, para que en todo tiempo constasse de la verdad; la diligencia judicial, y conveniente que se podia hazer, era, que a pedimiento de la señora Condesa se hiziesse informacion de testigos ante la justicia de la dicha Ciudad, de como el señor Cōde quando hizo el dicho poder estaua en su entendimiento, &c.* Que se agradò de ello el Padre Iuan Martinez de Ripalda, que diò orden al testigo para que pusiesse en execucion la dicha diligencia; que la hizo, y peticion. Y en el *numero* siguiente, repreguntado, dize: Que a esta conferencia no se hallò presente Bernardino de Benauides. Simon Santos, *num.* 1594. Oficial de Benauides, que la escriviò, dize: Que se hizo en el quarto de el Padre Iuan Martinez de Ripalda; y que el dicho Padre Ripalda, en saliendo vn testigo entraua con otro. Don Diego de Araque, *num.* 1596. dize: Que el hazer la informacion, fue a instancia, y disposicion de el Padre Ripalda, que primero lo consultò con el Dotor Dominguez. El Licenciado Alonso Salvador, Cura de San Pedro, *num.* 1599. que fue con el Doctor Dominguez, Vicario de la dicha Ciudad, quando le embiò a llamar el Padre Ripalda, que el testigo se quedò en vna sala, y el Vicario entrò mas a dentro; que no supo lo que trataron; mas de que saliendo el Vicario, le dixo al testigo, como el Padre Ripalda le auia pedido parecer, como se haria la dicha informacion. Don Iuan de Ledesma, *n.* 1600. *Que le consta, que se hizo la informacion que la pregunta dize, por mano, y orden del Padre Ripalda.* Y de esto se hecha la culpa a Bernardino de Benauides! Yo no me hallo con textos, ni autoridades a mano con que apoyar, y ilustrar, que de lo que vno haze, no se ha de echar la culpa a otro, y que no se le puede hazer cargo a Bernardino de Benauides, de lo que obrò Ripalda, sino es que me valga de la vulgaridad de la *l. crimen 26. ff. de pœnis. Vnusquisque ex suo admisso sorti subijcitur.* Pero lo que sacò de paciencia a Iuvenal, fue; que lo mismo que en vno es agradable, sea contemplado en otro de indignacion; y assi tomando el Cielo con las manos, dixo en la *Satyra 2.* lugar calificado por Bar-

tulo *in l.2. §. Idem ait 15. ne quid in loco publico. In summario.*

Quis cœlum terris non misceat, & mare cœlo,
Si fur displiceat Verri, homicida Miloni.
Clodius accuset mœchos, Catilina Cethegum,
In tabulam Syllæ, si dicant discipuli tres.

175 Oponen tambien, para malquistar la legalidad del Escrivano, que para otorgar el testamento, ò poder para testar, se desembaraçò la pieza en que estaua enfermo el señor Conde-Duque, y se echaron fuera todos los que en ella estauan, quedando solos los testigos instrumentales. Y aun que es verdad que no hallo culpa en esta accion, pues apartar todos los que podian embarazar el acto, y dexar solos los necessarios, seria accion prudente; pues el Derecho no pide asistencia de mas personas. Con todo esso no puedo dexar de notar que se haze de ella ponderacion, y se repite lo de el cerrar la puerta, y echar fuera la gente tantas vezes, que denota, se pone en ello gran misterio; y llegando a su probança, no tiene mas fundamento esta que las otras oposiciones. Por que solamente lo dize Geronimo de Montealegre, *numero* 1307. testigo, no solo singular, sino de los olvidos, y contradiciones, que se notaron *supra numero* 149. donde se hizo juizio por menor de este testigo, y de toda su deposicion, a que contradicen tantos que se hallaron presentes, y deponen de el acto de testar, como tales, y con tales circunstancias, que no solo le vencen por la *l. 3. §. 1. ff. de testib. & ibi Glossa verbo numerus*, sino que fuera temeridad pensar, que todos ellos eran falsos, y este Ciruxano, ò Sangrador (que esso dize que es) solo el verdadero. A su deposicion se llega la de Fray Julian de Naval-Carnero, Capuchino, que dize auer oido, sin señalar Autor, que el dicho otorgamiento se auia hecho con retiro, y no hallandose a èl mas que los testigos de el dicho poder, y el Marques de Mayrena: *Y que assi oyò dezir se auia hecho*, que es de puras oidas, como se verà en su deposicion, *numer.* 825. que se ponderò, *supra numero* 166. Y assi no haze probança alguna, *capit. licet ex quadam. el. 2. de testibus*, Farinacius *quæst. 60. numer.* 1. vbi multos adducit. Noguerol *allegat. 12. num.* 164. Podria ser que lo oyesse al mismo Barbero, que no le quisiesse dar por autor, por no desacreditar la noticia; que desde los siglos passados viene muy desacreditado este instituto de gente, como se podrà leer en vn librico que escriviò Plutarco de *futili loquacitate*, donde dixo mucho de su garrulidad, y despues del Erasmo *adagiorum chiliade 1. centuria 6. adagio 70.* & in recensione Pauli Mannutij ab Aldo filio edita, *pag.* *mi-*

mihi 270. vbi exſtat ad litteram. Yo no he hallado mas comprobacion de eſta circunſtancia; y por la ponderacion que de ella ſe haze, ſe reconocerà a quantas menudencias nos haze bolver la cara la variedad, y muchedumbre de diſcurſos que ſe hazen para ofuſcar la verdad, y hallar reparo en lo que no le puede auer.

176 Por via de tachas articulò el ſeñor Marques de Leganès, contra Bernardino de Benavides, en lo que mira a teſtigo de el ſeñor Duque de Medina de las Torres, y no a el miniſterio de Eſcrivano tres coſas, *folio* 418 *de el Memorial*. Que hizo las diligencias en eſte pleyto por el ſeñor Duque de Medina de las Torres, valiendoſe de medios generoſos, y otros; para que los teſtigos no juraſſen la verdad, ò no añadieſſen nada en ſus dichos. Que hizo la miſma diligencia en eſte pleyto que ſi fuera ſuyo proprio, hablando, y perſuadiendo por ſu perſona, y por las de ſus confidentes a los teſtigos. Que por la dependencia, y ocupacion de ſus oficios ſe haze temer en la Ciudad de Toro, de forma que no ſe atreven a dezir verdad, por temer que de ellos tome vengança. Que es codicioſo, y que por eſte vicio ha faltado a las obligaciones de ſu oficio, y que tiene augmentado mucho ſu patrimonio. Don Franciſco Garcia de Hoyos, *numero* 1748. que eſtando entendiendo en la probança el ſeñor Don Iuan Antonio de Molina viò andar juntos a Don Diego de Araque, y a el Licenciado Manſilla, y a Bernardino de Benauides, como antes; y que avrà tres, ò quatro dias que el dicho Bernardino de Benauides, y Don Geronimo Portocarrero, le hablaron al teſtigo, que en eſta cauſa no dixeſſe mas que ratificarſe en lo que tenia dicho. El Conde de la Fuente de el Sauco, *numero* 1752. que oyò al Padre Soſſa que le auia hablado, que no dixeſſe en eſte negocio, y que miraſſe por ſu honra; y de que le diò quexas porque dixo. Lo que dize el Padre Soſſa, *numero* 1754. que acudiò a ſolicitar al teſtigo, para que miraſſe por ſu honra; y que reconociò que le daua mucho cuydado el negocio. Don Diego Vazquez de Aldana, *numero* 1756. que le oyò quexarſe de algunos teſtigos de lo que auian dicho, y que en particular no ſe acuerda de mas de la dicha quexa. Eſtos ſon teſtigos de la ſolicitud, y de ellos ſe reconoce que lo que ſolicitaua Bernardino de Benauides era ſu proprio negocio, mirar por ſu honra; pues la principal mira era contra ſu fidelidad, y legalidad en el otorgamiento de el poder. Y ſolo vn teſtigo ay que depone, le dixo, no hizieſſe mas que ratificarſe; los demàs ſon en general, que les pedia miraſſen por ſu honra; que no indica ſugeſtion de coſa particular, ſino de la cauſa en comun, y mas de quien no reſulta en ello culpado. En quanto a la

ma-

mano, y poder q̃ tiene en aquella Ciudad. El dicho Don Francisco Garcia de Hoyos, *numero* 1766. la dize: *Y que cree el testigo, que si habla a qualquier vezino, dexarà de dezir su dicho por temor de el susodicho.* La qual no es deposicion, por el termino *cree*, quia testis de credulitate nihil probat. Farinacius *de testibus quæst.* 68. *a numer.* 42. El dicho Conde de la Fuente, *numer.* 1770. dize lo de la letra de los dos mil ducados, que oyò dezir le auia dado el señor Duque de Medina de las Torres, que queda aclarado al principio de este punto. Y que oyò dezir a Don Iuan de Hoyos, difunto, que auiendo concertado los Arrendadores de correduria de el vino, que les baxassen mil y quinientos reales de la postura, les llevò dos doblones de ocho, y vno de a quatro. Pone despues lo que oyò a Don Francisco de Hoyos su padre, que yendo a ver a dicho Don Iuan su hijo, estando con el mal de la muerte, preguntando; què auia de nueuo? Respondiò, que auian muerto a Don Christóval Ramirez; a que replicò el enfermo: *Pues a fee padre que no se lo devia.* De estas palabras induce el testigo, que hablaua de Bernardino de Benavides, que le auia muerto, estandole obligado, por no auer dicho contra èl. Los demàs testigos no dizen nada.

177 Lo que es de notar, es que se articulò, y intentò probar todo lo que los Autores premeditan para hazer sospechoso a vn Escriuano; y a vn instrumento: pero faltò el presupuesto, como auemos visto. Porque el de auerse hecho clandestinamente, y a puerta cerrada, que en instrumentos particulares, como son cedulas, y conocimientos, es sospecha. Noguerol *allegat.* 26. *num.* 121. aunque no venia tambien para vn instrumento publico, como es el poder para testar; no se probò, como se dixo en el *numero* antecedente. Tambien se quiso esforçar, y aplicar la doctrina, de que siendo el Escriuano falsario, es sospechoso el instrumento. Pero esta se entiende, auiendo sido el Escriuano convencido, y condenado de el crimen de falso, en que la enseñan Mascardo *de probation. conclus.* 1003. *num.* 47. Bayard. *ad Iulium Clarum, §. Falsum, numer.* 245. Farinacius *de falsit. quæst.* 155. *numer.* 44. y no por otro crimen, aunque la condenacion cause infamia, como hurto, homicidio, adulterio. Thuscus *litt. N. conclus.* 100. *numer.* 10. Bernardo Diaz de Lugo *regula* 493. Farinacius *d. quæst.* 155. *num.* 57. *&* 4. *part. eiusdem quæst.* fuitque doctrina originalis Bartoli *in l. eadem lege, §. hac lege, num.* 1. *versic. Si verò notarius, & numer.* 3. *in fine, ff. ad leg. Iul. repetund.* Y aun era menester, que comprehendiera el tiempo anterior a èl, en que se otorgò el instrumento la condenaciõ de falsario; porq̃ el celebrado antes, se puede publicar, y perficionar despues de la sentencia condẽnatoria. Magistra-

traditur Bartol. *in l. Barbarius, numer.* 16. *ff. de offic. Prætor.* Bayard. *vbi proxim. num.* 246. testans de cõmuni Fulvius Pacian. *de probat. lib.* 2. *cap.* 22. *num.* 20. Thusc. *dict. conclus*, 100. *num.* 11. Farinac. *d. quæst.* 155. *num.* 43. D. Couarrub. *in pract. cap.* 19. *num.* 5. *versic. Fatentur omnes.* Corriòse por varias congeturas de dadiuas hechas por la señora Condesa, por el señor Duque de Medina, y Marques de Mairena, por la codicia de Benauides, y auer enriquezido, para influir que pudo ser sobornado; pero nada se probò que influyesse proxima, ni aun remotamente; siendo asi, que las sospechas para que causen indicio de falsedad, han de ser vehementes aun en sentencia de Fiscales, y Abogados, que quieren fundar este genero de probança, vt videre est apud D. Larr. *allegat.* 95. & 96. Fabium Capic. Galeot. *respons.* 15. *Fiscali*, & Noguer. qui hanc partem agebat, *allegat.* 26. *toto fundament.* 4. *ex num.* 121. El hablar tan mal de este Escriuano, improperandole a cada passo con infinitos denuestos, es para hazer lugar a la doctrina que dize, que el Oficial que es acostumbrado a cometer falsedades, fabrica los instrumentos sospechosos, Castrens. *in l. pen. num.* 2. *C. de probat.* Carol. Ruin. *cons.* 35. *numer.* 10. *lib.* 4. Casan. *cons.* 63. *numer.* 31. *versic. Et adhuc.* Imò, & quando extat mala fama notarij, Crauet. *cons.* 73. *num.* 22. Decian. *cons.* 100. *n.* 44. *lib.* 2, Menoch. *lib.* 5. *præsumpt.* 20. *num.* 27. Crauet. *cons.* 862. *num.* 6. Nata *cons.* 633. *num.* 11. Pero auiẽdose por nuestra parte probado tã plenamente su abono, y legalidad; antes caerèmos en la doctrina que enseña, q̃ està probada la presumpcion milita firmissimamente por el instrumẽto, Bald. *in l.* 2. *C. ad leg. Cornel. de falsis*, Cæpoll. *cons.* 21. *numer.* 24. Crauet. *cons.* 75. *numer.* 8. Grammatic. *cons.* 30. *num.* 29 Quia probatio bonæ famæ tollit suspitionem falsitatis Socin. Iun. *cons.* 45. *lib.* 3. Menoch. *vbi proximè numer.* 44.

178 No se opuso objecion alguna destas al Escriuano en la instancia de tenuta, por los Abogados desta Corte, siendo tan grandes, y auiendo tomado tan a pechos la impugnacion del poder de Toro, que no se adelantò mas en esta instancia; de que se colige ser mas empeño que razon, el tesson que se ha puesto novissimamente; pues era menester gran fundamẽto para tanto intento. Es la falsedad mutatio veritatis dolo facta, Alberic. *in dictionar. verb. Falsum*, & *in l. Quid si falsum, de falsis*, Cælsa Bargal. *de dolo, lib.* 5. *cap.* 13. *num.* 35. ex Ancharran. *consil.* 23. Avendañ. *tit. de las excepciones, nu.* 31. Iodoc. Damauder. *in praxi criminal. cap.* 72. *num.* 1. & 2. D. Valençuel. *cons.* 173. *num.* 44. Regner. Sixtin. *cons.* 12. *num.* 38. & 39. *vol.* 3. *inter consil. Marspurgens. Academ.* que reduce al declarado por falsatio, ad nihilum sine fide, & conscientia. Math. de Afflict. *decis.* 404. *num.* 24. & 25. Bobadill. *lib.* 5. *politic. cap.* 1. *nu.* 197. Farinac. *quæst.* 150. *numer.* 15. Capic. Galeot. *respons.* 15. *num.* 13.

& 50. Por esso se debe probar concluyentemente, Castrens. *in l. Iubemus; C. de probat.* Hyppolitus de Marsill. *in l. 1. §. Diuus, de fals. col. 5.* Sixtin. *cons. 8. num. 44. vol. 2. inter eadem consilia*, y presumpciones, argumentos, ò congeturas, q̃ no son vehementes, no obran, como se ha dicho, y enseñan la *Gloss. in cap. excedens, de crimin. fals.* Menoch. *de arbitrar. lib. 2. cas. 309. num. 10.* Mascard. *de probat. concl. 745.* D. Larr. *allegat. 95. num. 21.* Y en duda para salvarla, se ha de hazer qualquiera interpretacion, aunque sea multiplicãdo actos. Menoch. *vol. 5. cons. 422. num. 4. & cons. 619. num. 1. vol. 7. & lib. 3. præsumpt. 20. à princip.* Amato *decis. Lucensi 158. numer. 6.* Hermannus Vultei. *tom. 4. inter consil. Marspurg. Academ. cons. 34. num. 147. & duob. seqq.* Ni se tiene por presumpcion, que vn Escriuano, ò oficial á quien se le mueva esta question, se inquiete, ande cuidadoso, y solicito, mirãdo por su credito, hasta q̃ comience à cõstar cõtra èl algo substãcial, q̃ se le dismінuya, secundum Innocencium, *in cap. 2. de arbitris, & in cap. diuersis de Clericis coniugatis.* Alciat. *regula 3. præsumpt. 15. in fine.* Vicente de Franchis *decis. 8. num. 3.* Menoch. *lib. 2. præsumpt. 85. num. 19.* Bobadill. *lib. 5. cap. 1. num. 205.* Galeot. *responso 15. num. 113.* Veanse pues aora estas doctrinas q̃ auemos puesto, como por indice, por no parecer que necessitan de mas apoyo, siendo tã ciertas, como comunes, y cotegense con las probanças, que para impugnar la fee, y legalidad, y la buena opinion de este Escriuano, se han hecho por parte del señor Marques, y se reconocerà, que lejos estàn de mellarla, y quan ilesa queda su opinion confirmada con la exactissima probança, que della hizo el señor Duque de Medina; con que podremos passar al vltimo punto de este §.

Punto quarto del §. quinto.

De la capacidad de entendimiento, que el señor Conde Duque tenia al tiempo que otorgò el poder para testar.

179 Todas las demàs questiones, que hasta aqui se han ventilado, ò son de oposiciones afectadas, ò prævias para esta, eñ que entramos; que es la fundamental del intento del señor Marques de Leganès. Aqui han mirado todos sus esfuerços, toda la revolucion de libros, y dotrinas, no solo legales, sino medicas. Pero diremos con sinceridad, que pusieron mas diligencia sus Abogados, personas muy doctas, en inquirir el derecho, que en ajustar el hecho; porque desestimando las probanças de la verdad, captaron escrupulos, dichos singulares, y congeturas, que no se sacan de los autos. Nosotros discurriremos de contraria forma, gastando muy poco tiempo en ajustar los puntos de derecho, por ser claros, y conocidos; y alargandonos en la contestacion del hecho, sin temer causar fas-

fastidio a los señores Iuezes, inculcando lo que està en el memorial; porque aunque sabemos de cierto que su principal, estudio serà leerle, y releerle; porque dèl sale el derecho, *l. ex plagis 52. §. In cliuo, ff. ad leg. Aquil.* Con todo el adaptar à su lugar, y clases lo esparcido en èl, es oficio del que alega, funda, y le comenta, *l. Item veniunt 20. §. Præter hæc 6. ff. de petit. hæredit.* in finalibus verbis, ibi: *Aptanda est igitur nobis singulis verbis congrua interpretatio.*

180 En este punto es regla igualmente cierta, que elemental; el furioso, y lo mismo passa en el frenetico, no puede hazer testamento, *l. Furiosum 9. C. qui testam. facere poss. l. Filius famil. 16. §. Mar*cellus al. *furiosus, l. In adversa 17. ff. eod. tit. l. 1. §. Exigit 8. versic. proind. ff. de bonor. poss. secund. tabul. §. Item furiosi inst. quibus non est permiss. facere testam. l. 13. tit. 1. partit. 6.* Y en el frenetico se prueba la misma conclusion *del cap. vltim. de success. abintest.* La limitacion està en la misma *l. Furiosum 9.* Las palabras son: *Si verò voluerit in dilucidis intervallis aliquod condere testamentũ, vel vltimam voluntatem, & hoc sana mente inceperit facere, & consumauerit, nullo tali morbo interveniente, stare testamentum, siuè quancumque vltimam voluntatem censemus.* Estos lucidos intervalos se llaman *confinia furoris, & sanæ mentis. in l. cum alijs 6. C. de curatore furiosi,* y Paulo los llamò tiempo de intermission del furor, *lib. 3. sent. tit. 4. §. 5.* Porque en ellos, como solemos dezir, siempre quedan las paredes calientes, y vestigios del precedente furor; aunque no desordenadas las potencias de entendimiento, memoria, y voluntad. Para muchos efectos se miran los lucidos intervalos en derecho; y cada vno se deue contener en sus terminos, sin extenderle a otros. Paulo, y Iustin. en los textos citados, hablando de las vltimas voluntades, no piden mas, de que se otorguen en tiempo de ella intermission del furor, *tempore furoris intermissi*; y los Emperadores, *in d. l. furiosum,* no dixeron mas, ni cõ mas ponderacion, *que dilucidis intervalis.* Al contrario Iustiniano *in d. l. cum alijs 6.* para que cesse, y no sea necessaria para el valor del acto la auctoridad del curador, requiere que los intervalos no sean, como quiera, sino perfectissimos, y en los delitos, que se dize auerse cometido en el dilucido intervalo del furor, se fue con la misma circunspeccion, y tiento el Emperador Marco Antonino Phylosopho, en el rescripto, quod refertur *in l. Divus 16. ff. de offic. Præsid.* y assi los que valiendose de estos textos que hablan en casos singulares, requieren, para que valga el testamento, ò vltima disposicion, que el lucido intervalo sea perfectissimo, Roderic. Suarez *allegat. 1. num. 20.* Mantic. *decis. 60. num. 2.* exceden consideteablemente en la põderacion, vsando de textos impropios. Y siendo assi, que para que valga el testamento se requiere *integritas mentis,* entereza de enten-

tendimiento, *l.2.ff. qui testament. facere poss.* Sinceridad de entendimiento, *l. Senium 3. C. eod tit.* Entero entẽdimiento, *mens integra in l. vltim ff. iniusto rupto.* Cõ todo esso se compadece con este requisito essencial alguna perturbacion en las potencias, *l. Hac consultissima 8. C. qui testament. facere possunt*, ibi: *Ad cũ humana fragilitas mortis pracipuè cogitatione perturbata minus memoria possit res plures consequi, &c.* Y solo, *quãdo testator talis est, qui neque scribere, neque articulate loqui potest, mortuo similis est, & falsitas in elogijs committitur*, inquit text. *in l. Iubemus 26. C. de testamentis.*

181 Segun estos principios, que aunque son de textos de derecho comun, se puedẽ llamar naturales, como dictados por la razon natural; pues no ay hombre que no se perturbe amenaçado del peligro de la muerte, que es la ocasion mas comun de disponer las vltimas voluntades; han sentido con gran consentimiento los Doctores, que no empece al valor del testamento, dar nota el testador, que padece alguna flaqueza, ò imbecilidad de memoria, ò entendimiẽto tal, q̃ ni induzga demencia, excluya el vso de la razon, ò entendimiento, inducen para probarlo *el cap, vltim. de succession. abintestato* ya citado en el texto, y en la integra. En el texto, ibi: *Si vero legitimè probauerit, Archipreshyterum, quæ su per vltima voluntate præmissa sunt, alienata mente dixisse*, & ibi: *Tamquam freneticus alienatus erat à mẽte*, & ibi: *Suæ mentis compotem non fuisse.* Y en la integra, ibi: *Prædictus Nuntius Episcopi allegauit, quod antequam donatio illa facta fuit, Archipresbyter erat positus extra mentem, ita quod cum interrogatus fuisset, an monachi vis tu habitum suscipere? & respondisset, volo: statim interrogatus ab alio. Vis tu esse asinus? respondit similiter volo.* Tambien ponderan la *l. Si cum dotem 22. §. Si maritus 7. ff. solut. matrim.* pero no es tan del intẽto, por ser de diferẽte assumpto. Mejor texto es, y de mas facil ponderacion la *l. quoniam indignũ 15. C de testament.* en aquellas palabras: *Nec necessaria sunt monumenta verborum, quæ fortè seminecis, & balbutiens lingua profudit.* En fin tienen por comun esta sentencia veteres, & cum eis Iasson *in dict. l. Furiosum, numer. 2.* Decius *in leg. Humanit. n. 1. C. de impuber.* Decian. *cons. 51. num. 82. cum seqq. lib. 4.* Socin. Iun *lib. 1. cons. 42.* Philip. Corn. *cons. 91. & consil. 261. num. 2. lib. 2.* Paris. *cons. 88. num. 38. & seqq. lib. 3.* Menoch. *tom. 7. cons. 683. ex numer. 17.* Boher. *decis. 23. sub nu. 83. vers. Quarum nõ probatio*, Rot. Florent. apud Magonium *decis. 97. num. 17.* Grammatic. *decis. 73. num. 24. in fin. & num. seq.* Ioseph. Ludouic. *1. part. decis. 1. num. 14.* Buratus *decis. 256. n. 10. & 12.* Caualler. *decis. 622. num. 4* Rot. *2. part. diuersor. decis. 107. num. 28. & 7. part. decis. 233. nu. 23. & 24. & decis. 298. numer. 8.* & apud Farinac. *1. prat. recentior. decis. 384. n. 5. & in posthum. tom. 2. decis. 525. nu. 5.* Stephan. Gratian. *disceptat. 843. n. 2. & 3.* Cæsar Argelus *ad l. vltima. C. de edict. D. Adrian. Toll. quæst. 3.* ar-

artic. 1.*num.*64.*&* 65.Paul. Zach. *qq medico legal. lib.*2. *tit.*1. *quæst.*7. *num.*40.August.Barbos. *in collect. ad dict.cap.vltim.de successs.abintesta-to,num.*9.

182 En quanto à la passion del freneſi, lo que el derecho conoce, es la difinicion de Vivian.*in l.*1. *§.apud Viuianum* 9.*ff.de ædilit.edict. Interdum tamen*, inquit, *vitium corporale vſque ad animum pervenire, & eum vitiare: veluti contingeret phrænetico, quia id ei ex febribus acciderit.* Alludit. text. *in l. ob quæ vitia* 4.*§.*1.*ff. eod.*ibi: *Si propter febrem loquantur aliena*, Guillelm. Budæeo *en las primeras anotaciones a las Pãdectas*, y Dionisio Gothofredo despues dèl, *ind. § apud Viuianũ*, prosiguen poniendo con curiosidad sus nombres, y diuersidad de especies, que es curiosa ostentacion de noticias extraordinarias, q̃ podriamos dilatar en este escrito; pero la conclusion juridica es, que siempre que el freneſi llega a priuar de la razon, y enagenar del entendimiento al paciente, no puede testar, donar, ni disponer mas que vn furioso; porque en tal caso lo mismo se debe dezir de vno, que de otro, *cap. vltim.de succesſion. abintestato.*

183 Siguesse la probança, que la practica mas comun tiene recibida del furor, demencia, ò freneſi, qualidades contrarias al hombre, y que no se presumen, sino se prueban, *l. Nec codicillos* 5. *C. de codicillis*, ibi: *Nec codicillos quidem furentem posse facere certiſsimi iuris eſt. Si igitur ſcriptura velut codicillorum patris tui fuit prolata, vt aliquid ex hac peti poſsit, aſſeuerationi ſanæ mentis tum compotem fuiſſe negantis, fidẽ adeſſe probari conuenit.* Despues de la Glossa, que lo enseñò primero, sacò Baldo deste texto: *Quilibet talis eſſe præſumitur, qualis natura eſſe debuit.* Y la conclusion recibida es, que el q̃ dize, q̃ el testador, ò el contrayente està furioso, lo ha de probar D. Couarrub. *de ſponſalib.& matrimon.*2.*part.cap.*2.*num.*5.*&*6.Pater Sanch. *eiuſdem tract.lib.*1.*diſput.* 8.*num.*16.*&* 17.Mascard. *de probat. concl.*824.Menoch.*lib.*6.*præſumpt.* 45.August.Barbos. *lib.*2. *voto* 74. *num.*46.*&* 47 Farinac. *in prax.tit. de pœnis temperandis quæſt.*94.*num.* 48.*&* 1.*part. fragmentor. criminal. litt.F.verb.Furor,num.*230.& Rota *apud ipſum* 1.*part. in poſthum. deciſ.* 792. Estos Doctores enseñan, que no solo lo ha de probar; sino que ha de ser la probança concluyente, como reconoce Barbosa *dict lib.* 2.*voto* 56.*num.*8. Por esta causa para probar el furor, ò demencia, se ha de tomar vn principio vniuersal, ò que nazca de la fama publica, segun la qual el paciente era de todos reputado por furioso, ò demente, Farinac. *dict.litt.F. nu.*272. *& ſeq.*Mascard. *concluſ.*503.*num.*10 Menoch. *dict.præſumpt.*45.*num* 45. Pacianus *de probat.lib.*1.*cap.*43.*nu.* 38.Barbosa *dict. voto* 56. *num.*28.*cũ ſeqq.* ù de actos publicos, y continuados, estimados por todos de furioso, como andar desnudo en partes publicas, hazer sin recato acciones indignas de su persona, ser curado como tal; ò otra indicacion

semejante, que traiga trato sucessiuo de vn año, seis meses, dos meses, al menos vn mes, que es el menor termino que se tiene por considerable, como dizen los Autores citados, citando otros innumerables; porque querer sacar la provança del furor de vna, ò otra accion desordenada, aunque parezca q̃ desdiga de vna cuerda, y cabal cõpostura, se tiene por debil fundamento, Paulo Duran *decis.* 178 *nù.* 21. lo notò muy bien por estas palabras: *Quando quidem sani intellectus viri aliqua ex accidenti faciunt à sana mente aliena, etiam tempore conditi testamenti: & tamen non ideò semper supervenisse furorem de iure præsumitur, nec insani reputantur ad testamẽti factionem activam: modo ex alijs suspicio furoris inde causata a moveatur*, y Pedro Roicio *decis.* 2. *Lituanica, num.* 16. dixo, que quando la accion se puede imputar a otra causa, como de enojo, desesperacion, pusilanimidad, jactancia vana, ò otra semejante; no concluye al furor, como blasfemar, tirar piedras, inobediencia a los Medicos, remesarse, ò arrancarse los cabellos; si no concurren otras acciones, palabras, ò visages, que convençan la falta de entendimiẽto. En toda la decision prosigue esta doctrina, y Thusco, *verb. Furor, conclus.* 541. *n.* 78. D. Castill. *tom.* 4. *cap.* 38. *à n.* 27. Farinac. *dict. verb. Furor, ex numero* 236.

184 Y tiene fundamento en derecho; porque sin embargo de q̃ lo q̃ es inepta voluntad, se recha za, y quita de la disposicion, vale ella misma, *l. At si quis* 14. §. *Non autem ff. de religios. & sumpt funer. l. Servo alieno* 113. §. *vltim. ff. de legat.* 1. *l. vltim.* §. *vltim. ff. de auro. & arg. legat.* Las condiciones impossibles, *si Cœlum digito tetigeri*, se quitã valiendo el legado, y la disposiciõ, *l. Obtinuit* 3. *ff. de condit. & demonstr.* y en la *l.* 1. *ff. de condit. instit.* se aparta todo aquello que parece mendacio, *vel aliomẽdo*, para que se sostenga el testamento. Y es cierto, que quien quisiera cavilar estas vltimas voluntades de furiosas por esta accion, tuviera en ella algun fundamento; aunque no tanto: como en la *l. Quidam in suo* 27. *ff. de condit. instit.* en que el testador mandò arrojar sus cenizas en el mar, accion furiosa, y desesperada, q̃ se ha ponderado ya; pero aqui vienen aproposito dos cõdiciones, que en la repeticion de esta ley puso Paulo de Castro puestas a la institucion por dos testadores de su tiempo. Dize, que vn hombre rico de Florencia mandò, que su cuerpo se pusiesse in vna storia, sine pannis, y que no se enterrasse con mas, que vna cãdela; y que si otra cosa hiziesse el heredero, fuesse privado de la herencia. El heredero le enterrò honorificamente; y dize, que consultado Angelo respondiò, que no devia ser privado; *quia tales voluntates ineptæ circa sepulturam non sunt servandæ*; y luego añade. *Nota etiã contra illud, quod ordinauit ille Doctor Paduanus, qui fecit Repertorium, quod corpus suum portaretur cum tubis, & corneis ad Ecclesiam, & quod fie-*

fierent nuptiæ, & quod vxor induceretur pannis rubeis, aliàs privavit heredem hereditate. Quod ista ordinatio non fuit servanda, licet de facto, vt audio, fuerit servata. Et certè satis resultat præsumptio quod fuerit integræ mentis cùm esset Doctor, & benè sciret istam legem, & ea, quæ Doctores hic dicunt. Este testamento del Doctor Patavino ha sido tema de declamacion de los Autores; vnos le tienen por de hombre insensato; otros por de hombre cuerdo, vidēdi quos referunt Menoch. *d. lib. 6. præsumpt. 45. ex num.* 41. Farinac. *dict. verbo Furor. num.* 251. El Autor original, como consta de las palabras referidas, no solo le tiene por acordado, sino añade que tuvo cumplimiento su disposicion.

185 Y para concluir esta parte de probatione furoris, que tā dilatadamente se trata por los antiguos, y modernos; el furor se ha de probar al tiempo del mismo acto de testar, sino es, que por tiēpo considerable aya precedido cō continuacion. Bart. *in tractatu de testament. in ea parte, quæ incipit, opposita prudentiæ & in l. 2. ff. de bonorum posses. furios. &c.* Baldus, Iasso, & ibi communiter Clasici *in d. l. furiosum*, Immola *in leg. 1. §. fin. ff. de verbor. obligat.* Petrus de Ancharrano *in Clementina 2. de homicidio.* Speculator; & Ioannes Andreas; *tit. de probationibus, §. 1. versic. Sed pone, quod quidam erat furiosus.* Alexander *consil. 140. lib. 1. & in l. Si cum dotem, §. Si maritus, ff. soluto matrimonio.* Los modernos que vàn indiuiduando mas las señales, y congeturas con que se ha de probar el furor quedā citados en Menochio, Mascardo, Thusco, Farinacio, Castillo, y Barbosa, locis proximè adductis, para que no gastemos el tiempo en trasladar columnas de Autores, que alegan.

186 Segun estas dotrinas veremos, como prueba el frenesi, ò furor de tempore conditi testamenti del señor Conde Duque, el señor Marques de Leganès. Es llano, y por tal se asienta, porque constarà de los autos; que para tā grande intento no tiene mas, que dos testigos del mismo acto: tambien lo es, que no se trata de furor, que esse con la continuacion, y otros adminiculos se prueba, sino de vn frenesi accidental, que sobrevino a la enfermedad de calenturas, que padeciò. Los dos testigos son, el Doctor Cypriano de Maroja, Medico, Cathedratico de Prima de la Vniversidad de Valladolid, y el Padre Iuan Martinez de Ripalda, de la Compañia de Iesvs, Confessor de su Excelencia, en la asistencia en Toro, ninguno de los dos son mayores de toda excepcion, ni ambos contestes; propondrèmos primero las tachas, y luego discurrirèmos en sus deposiciones. La primer tacha, que se opone al Doctor Maroja, es, la inconsequencia; porque en el tiempo que huvo de disponer de sus cosas el Miercoles por la mañana, fue de parecer, y consultò con los otros dos Medicos,

cos, que estaua en juizio para cuydar de sus disposiciones: conque lo que despues depusiere obstativo à esto, ya se vee, que poca fee puede hazer: El Doctor Lazaro de la Fuente, Medico de famila, ordinario assistente a su Excelencia, *nu.* 1627. dize, que èl hizo, que se despachásse Sabado en la noche 15. de Iulio de 1645. à Valladolid, por el Doctor Maroja, que no sabe de cierto si vino el Domingo en la noche, ò el Lunes 17. por la mañana; y que el mismo Lunes entrò el Doctor Medina, y que aunque el Doctor Maroja estuvo en Toro despues de la muerte del señor Cõde Duque, nunca le oyò dudar cosa alguna contra el dicho poder, ni su validacion, ni de donde se pudiesse conocer dexava de estar en su sano juizio su Excelẽcia quando le otorgò. Esta es la deposicion de vn Medico; que se dirà, se reduce à vna pura negatiua, que no concluye; pues lo que èl no le oyò, lo pudo oir otro, *l. actor. C. de probat.* El otro Medico es el *Doctor* Medina, que *num.* 1634. dize: que vn año despues de la muerte del señor Conde Duque bolviò el Doctor Maroja à Toro a curar al Marques de Malagon, y le dixo el testigo: *Señor Doctor, que fundamento puede tener el auerse movido, que el señor Conde no tuvo juizio, quando otorgò el poder; siendo assi, que V. m. y el Doctor Lazaro de Fuente, y yo votamos, se llamasse al Padre Ripalda, para confessarle, por auerle hallado en juizio natural?* Y que respondiò el Doctor Maroja, *esso no ay que tomarlo en la boca, ni persuadir se nadie à que no tuvo bastante juizio; deven de ser hablas del comun, ù vulgo.* A que se hallò presente Don Andres de Bustamante, vezino de la Ciudad de Toro. El mismo Doctor Medina, *numer.* 1684. refiriendo lo mismo, depone auer dicho el Doctor Maroja: *Como puede faltar lo que tres Medicos asseguramos* Don Andres de Bustamante, *num.* 1311. dize: que estando el Doctor Maroja en Toro visitando à Doña Feliciana de la Guia, muger del testigo, le preguntò, que juizio tenia el señor Conde Duque al tiempo del otorgamiento del poder, y que le respondiò, *bueno, buen juizio tenia, quando otorgò el poder.* Y que el mismo Doctor preguntò al testigo. *Pues que, ay algo en esso?* Y el testigo le respondiò: *No sino que como se ha ofrecido hablar de las materias del señor Conde Duque, gustè de saberlo.* El Conde de Villamonte, *num.* 1682. que se hallaua a la sazon en Soria, y que vn criado del testigo, amigo del Doctor Maroja, le pidiò vna relacion de la enfermedad del señor Conde, para embiarsela al testigo, y se la embiò por escrito, en que le parece dezia, como auia recobrado el juizio, y que por consejo suyo avia dispuesto de sus cosas, y que luego le bolviò el delirio. Y que hallandose despues el testigo en Valladolid cõ el Doctor Maroja, tratando de lo mismo, le dixo: *Muy ajustado vino esso señor Doctor*; y que el dicho Doctor entõces le avia dicho: *Todo passò assi*; y que en el tiempo que el

Con-

Cōde diò poder para testar, y avia recibido el Viatico, estaua en su juizio. Dizen las mismas oidas al Doctor Maroja el Conde de Escalante, *num.* 1683. Don Iuan de Zubiaure, num. 1299. Pero con mucha mayor especialidd ael Doctor Pedro Tēdero, Canonigo de Leō, Cathedratico de Prima de Philosophia, que fue de Valladolid, *num.* 1680. Y el Doctor Antonio de Requena, *num.* 1638. y antes 1321. *y siguiente*, cuyas deposiciones se suplica a los señores Iuezes tengan presentes en este punto.

187 No me detendrè en discurrir a la *l. qui falso de variè, ff. de testibus*; ni en la question del testigo vario, y contrario a si mismo, sobre à qual dicho se deba dar fee, que tā dilatadameute tratò Farinacio *de testib. quæst.* 66. que si fuera este nuestro assumpto, passaramos con epitomar sus questiones; porque para esta era menester, que vna, y otra deposicion fuera con juramēto; lo qual aqui no intervino. Solo me cōtentarè con assentar vna doctrina muy cierta, y muy comun; que el testigo, que aviendo dicho vna cosa seria, y repetidamente, y en presencia de personas graues. Depone despues judicialmente, y con juramento lo contrario; es mendaz de fee dudosa, y disminuida, indigno de credito en juizio dela importancia, que es este. Mas dixo la doctrina original de Bartulo *in l. Eos, num.* 4. *ff. de falsis*; pero en este sentido es assentadamente recibida, Hyppolit. de Marsill. *ad eandem l. num.* 21. Panormitan. *num.* 9. & Anton. Butr. *in cap. Cum in tua de testibus*, Roland. à Valle *lib.* 1. *cons.* 40. *num.* 12. Ruin. *cons.* 35 *col. penultim. lib.* 3. Alexand. *lib.* 1. *cons.* 63. *& lib.* 6. *cons.* 124. *num.* 6. Aretinus *cons.* 71. *col.* 4. Aymon Graueta *cons.* 6. *n.* 46. *& cons.* 74. *num.* 6. *& cons.* 75. *nu.* 30. Alciat. *regul.* 2. *præsumpt* 29. *num.* 4. Menoch. *lib.* 2. *de arbitrar. cas.* 108. *num.* 27. D. Covarrub. *lib.* 2. *var. cap.* 13. *versic. Hactenus, & vers. Est, & aliud considerandum*, & quamvis non puniatur pœna falsi, puniri tamen potest extra ordinem pro admissi, & personæ qualitate arbitrio iudicis. Idem Menoch. *cas.* 312. *num.* 3. Farinac. *d. quæst.* 66. *de testibus, num.* 84. La razon es muy natural, porque el hombre mendaz, èl mismo se quita el credito: fue apophtegma de Aristoteles, que refiere Laertio en su vida, *lib.* 5. *de vitis Philosoph. cap.* 1. Aristoteles rogatus, quid mentiendo viri mendaces proficerent? *Vt vera*, inquiebat, *loquentibus fides nō detur*. Y por Proverbio le puso S. Geronimo, *Epist.* 17. *ad Iulian. Vetus*, inquit, *Proverbium est, mendaces faciunt, vt nec vera dicentibus credatur*. Y si este mendacio es culpable en el Doctor Maroja; en el Padre Ripalda es intolerable, en cuya causa servirà despues lo que avemos dicho en este numero.

188 Es de vèr, si el Doctor Maroja tuvo alguna causa de interès, que le moviesse para mudar de sentir; porqué sin este movil, ò motivo, ningun hombre obra; præclare Cicer. *in oratione pro Milone. Quonam igitur pacto* inquit, *probari*

ri potest, insidias Miloni fecisse Clodium? Satis est in illa tam audaci, tam nefaria bellua, docere magnam ei causam magnam spem in Milonis morte propositam, magnas vtilitates fuisse. Itaque illud Casianũ, CVI BONO FVERIT, *in his personis valeat.* Allusit ad interrogationem Casij, de qua *in orat. pro Sexto Roscio* illis verbis: *L. Casius ille, quem Pop. Rom. verissimum & sapientissimũ iudicẽ putabat identidem in causis quarere solebat,* CVI BONO FVISSET? Dedi etiam suprà elegantem locum Apuleij, *ex* 1. *apologia*, nec repeto, de iure etiam solet notari, neminem, sine causa malè operari, *ad l. penultima, C. de probat.* docentque post Bartol. & antiquiores Petrus Surd. *cons.* 467. *num.* 5. *&* 6. *& consil.* 512. *num.* 5. Mascardus *de probat. conclus.* 831. *nu.* 12. Gratian. *discept.* 262. *num.* 39. Farinac. *de falsitat. q.* 153. *num.* 209. D. Larr. *allegat. Fiscali* 28. *num.* 7. *cum seqq. & allegat.* 95. *num.* 27. El motivo le dàn los testigos, que referirè, y los señores Iuezes les daràn el credito que merecieren; tu magis scire potes, dize la *l.* 3. *de testib.* El Doctor Antonio de Requena, *num.* 1638. dize, que llegò a Valladolid Don Ventura de la Canal, con patentes para hazer leuas de soldados, y dar conductas de Capitan, y diò vna a D. Claudio, hijo del Doctor Maroja; con calidad, que avia de leuantar tantos soldados; y el dicho D. Ventura avia de hazer se le passasse la merced por el Consejo, para que pudiesse passar à Flandes: y a este fin partiò a Madrid el Doctor Maroja, para negociar la comodidad de su hijo; y que auiendo buelto de alli a algunos dias, le dixo, como auia acomodado las cosas, *y que auia dado cartas à su hijo, el señor Marques de Leganes, para el señor Conde de Fuensaldaña à Flandes, para que le hiziesse todo fauor, honra, y merced à su hijo. Y despues de muchos dias le auia referido, como se auia logrado el fauor, auiendole hecho merced de darle a su hijo vn puesto muy honrado, con la intercession del señor Marques de Leganes, por hazerle particular merced.* Don Manuel de Leon, Sargento Mayor en los Estados de Flandes, del tercio de Don Francisco de Castejon, *num.* 865. dize, q̃ siendo el testigo en los dichos Estados, Capitan de Infanteria del tercio de D. Fernando de Solis tenia en èl vna Compañia de Infanteria el dicho Don Claudio, de que le avia hecho merced su Alteza el señor Archiduque, solicitandola muchos pretendientes en ocasion, que auia llegado correo de España, y se publicò por cosa cierta en el dicho Tercio, que auia sido por cartas de fauor, que auia tenido del señor Marques de Leganes; y assi se dixo comunmente entre los oficiales, y soldados del dicho Tercio, Don Tomàs Lopez de Andrade, Secretario de su Magestad, *num.* 863. dize: que estando en Madrid con el Maestre de Campo Don Antonio Hurtado de Mendoza, Cauallero del Abito de Santiago en vna possada, le dixo, que el hijo del Doctor Maroja auia ido a los Estados de Flan-

Flandes con cartas muy aprecadas del Marques de Leganès, para el Conde de Fuensaldaña, Gouernador de las armas en ellos; para que le proueyesse, ò hiziesse proueer en puesto competente; y que el Conde le hizo Capitan de Infanteria, en el Tercio de D. Fernando de Solis; y tocando de ordinario a los mas modernos (y como tal al dicho hijo del Doctor Maroja, no le reformaron; y auiendole preso despues los Franceses en la batalla de Lens: El Conde de Fuensaldaña negociò su libertad; y entendiò el testigo, què todo esto naciò de la recomendacion, y cartas del señor Marques de Leganès. En el *num.* 864. se dize por mayor, que ay siete testigos de oidas, sin dezir a quien, què dizen auian sido estas cartas para el Marques de Castel-Rodrigo; y que vno dize, que ha oido dezir, que oy estàn estas cartas en su Secretaria. Este es el motivo que tuvo el Doctor Maroja, para mudar de dictamen, y aparte de lo que antes auia dicho, y publicado muchas vezes. Quedarà al arbitrio de quien lo ha de juzgar, si es verisimil.

189 Propondrè aora su deposicion, como la hizo assi en sumario, preuenido, y preocupado por el señor Marques de Leganès, como en plenario, en el juizo de tenuta, dize *num.* 397. que llegò à Toro Lunes 17. de Iulio, antes del amanecer, y que tuuo noticia que su enfermedad auia començado el Sabado antecedente, que le hallò con calentura, y dando voces, diziendo, ea, no venis? acabad presto, dad acà: y que aunque le hablaua proseguia con las mismas vozes. De lo qual, y de la relacion que tomò el testigo del Doctor Lazaro de la Fuente, Medico del dicho señor Conde, del principio de la dha enfermedad, reconociò llanamente que auia començado por delirio, y desconcierto de la cabeça, y que este se auia ido continuãdo, y continuaua con la dicha calentura. En el *num. siguiente* pone mas dilatadamẽte lo mismo, que es la deposicion en plenario; pone la junta que luego que llegò tuvo sobre la enfermedad de su Excelencia, y el juizio que de ella hizo el Doctor Lazaro de la Fuente, que la enfermedad del señor Cõde Duque, es la que llamamos frenetis, que es vna inflamacion de celebro, la qual trae por accidentes delirio perpetuo, con fiebre cõtinua, y que èl lo juzgaua assi, por hallar al señor Conde Duque con estos accidentes, y q̃ auia tenido muchas causas para dicha enfermedad, y entre ellas prnicipalmẽte tener fatigada la cabeça cõ muchas passiones del alma, de todo lo qual le hizo relacion el dicho Doctor. Este Doctor està examinado en plenario en la instancia de tenuta, *num.* 971. dize: que el Sabado por la tarde le ayudò à desnudar, y acostar, y despues de acostado reconociò, q̃ la calentura crecia, y padecia la cabeça, y delirava, porq̃ dezia algunas cosas fuera de proposito; y esto se continuò hasta el

el Martes siguiente en la tarde, y iba creciendo el furor, y delirio cada dia mas. De la relacion que hizo al Doctor Maroja, aunque es cierto que la haria, no dize cosa alguna, ni el juizio para que le cita, ni si fue la enfermedad *frenetis*.

190 Prosigue el dicho Doctor Maroja, *num.* 434. diziendo, q́ desde que el Lunes visitò al señor Conde Duque estuvo enagenado de todo punto de su entendimiẽto natural, hasta el Miercoles siguiente por la mañana, que pareciò tener alguna quietud: Dize la inapetencia que tenia a la comida, y resistencia que hazia al recibirla, y el instrumento que se hizo para ello. En el *num. siguient.* examinado en plenario en tenuta, dize, que el Miercoles 19. de Iulio, que segun la relacion que le hizo el Doctor Fuente, fue salida del quarto, y entrada del quinto, por minorarse los accidentes, comiò, y bebiò sin que le apremiassen a ello, quedandose algunas vezes olvidado de que comia con el bocado en la boca, que era menester acordarselo para que le tragasse. Y que la comida que lleua referido, seria à las onze del dia, poco mas, ò menos. Notarèmos aqui vna causa de mejoria, que los Medicos llaman *critica*, que es conforme los dias de la enfermedad; y que en la entrada del dia quinto mejorò, conociẽdose exteriormẽte la mejoria, por el modo, y apetencia del comer; pero mas es de notar, que passe en alto el Doctor Maroja otra mejoria, y lucido intervalo, que tuvo la tarde del Martes 16. de Iulio, de que ay tantos testigos, que no se puede negar sin pertinacia; aunq́ niega en la informacion de Granada. Articulòse este lucido intervalo del Martes por el señor Duque de Medina de las Torres a la quarta de propriedad, y de tenuta. *fol.* 258. *B.* Dizenle D. Bernardo Ramirez, Clerigo Presbytero, Capellan que era a la sazon de su Excelencia; y quando depuso del señor Don Luis de Haro, *nu.* 965. Don Nicolas Ontañon Enriquez, Cauallero del Abito de Santiago, *num.* 967. y que en aquel lucido intervalo, entrò el Doctor Maroja donde su Excelencia estaua, y preguntò quien era; y diziendoselo, le respondiò se holgaua mucho, y se hablò gratamẽte, diziendole, que tenia mucha satisfacion dèl, porq́ era gran Medico. El Doct. Frãcisco de Medina, Medico, vezino de la Ciudad de Toro, *n.* 969. q́ estuuo del mismo modo (cõ frenesi) hasta el Martes 18. del dicho mes por la tarde. En el qual tiempo se recobrò en su juzio natural por espacio de cinco quartos de hora, poco mas, ò menos. En cuyo tiempo se confiriò, si seria bien recibiesse los Sacramentos; y al Doctor Lazaro de la Fuente le pareciò, que por estar inmediato el crecimiento no auia lugar bastante para administrarselos. Dà la razon de auer comunicado a los que concurrieron cõ muestras de entero juizio, y entre ellos cuenta al Doctor Maroja. El dicho Doctor Lazaro de

de Fuente, *numer*.971. Que el Martes en la tarde 18. de Iulio, como a las seis de ella, se quietò del delirio, y hablaua muy en su juizio; y esto seria por espacio de mas de vna hora. Y el Padre Ripalda le apartò al testigo en el aposento del señor Conde, y le preguntò, si seria suficiente este lucido intervalo, en que se hallaua el señor Conde para poder disponer algo de lo que faltaua a sus cosas? Y el testigo le respondiò, que era muy corto termino aquel, para assegurar semejantes acciones. Y asi por entonces no se hizo. Tambien lo dizen los testigos hasta el *n*.993. de que solo referirè por su estado al Padre Fray Iuan de Iesvs Maria, Difinidor de los Carmelitas Descalços, y Prior del Conuento de Toro, que *num*. 980. dize. Que el dia Martes 18. de Iulio por la tarde, á hora de las tres, poco mas, ò menos, juzgò el testigo auerse recobrado à su juzio el señor Conde; porque hallandose à su cabeçera, y asistiendole, bolviò al testigo los ojos, y le dixo las palabras siguientes. Dios guarde à V. P. Padre Prior? Dios pague à V. P. el fauor que me està haziendo. Continuando la conuersacion con el testigo, y con la señora Condesa su muger, que vino luego; y sus hijos, el Marques de Mairena, y su muger, y otros criados de su casa, que concurrieron en esta saçon; en lo qual fue recobrando su entero juizio, por espacio de hora y media; y en este tiempo reparò, que llegandose de rodillas el Marques de Mairena, le pidiò, le hechasse la vendiciō, y le diesse la mano; la qual estendiò el señor Conde, y el Marques se la besò, conversando en todo el tiēpo que lleua dicho, como quando estaua bueno al parecer del testigo: y despues le bolviò a repetir el delirio en la misma forma que antes. Todo esto dize este Religioso, y circunstancia mas, ò menos lo mismo dizen todos los testigos à esta pregūta. Y aunque es verdad, que callādo la verdad no articulada, no se comete perjuro: yo no sè, como se podràn librar de tal aquellas palabras que quedā referidas en el dicho del Doctor Maroja, *num*.434. que desde el Lunes estuuo enagenado de todo pūto de su juizio natural hasta el Miercoles? Pues consta lo contrario de los Medicos, y demàs testigos. que deponen lo que se ha visto, y que el mismo Doctor Maroja se hallò presente.

191 Bolviendo à la deposicion del Doctor Maroja, dize *en el numero* 458. Que el Lunes por la noche, tercer dia de la dicha enfermedad se leordenò al dicho señor Conde vna ayuda: *Con la qual se le excitò el vientre, de manera, que obrò veinte y tres, ò veinte y quatro cursos; con los quales se alibiò por entonces la calentura, y la cabeça se compuso algo, por dos, ò tres horas, poco mas, ò menos; y que en este tiempo conociò al Marques de Mairena* (ya se hecha de ver lo mucho que calla este testigo, pero con todo esso no dize poco en fauor de auer re-

cobrado el juizio el señor Conde.) *Con que se llamò luego à la señora Condesa; y auiendo venido la recibiò riyendose, y respondiò à lo que se le preguntaua, diziendo solamente de si, ò no, y preguntandole, si se le acordaua de lo q̃ auia passado, respondia, q̃ no. Por lo qual considerando el testigo, que el juizio del señor Conde no estaua firme, ni seguro; y que la mejoria, que mostraua, aunque era con causa, no era segura, y que el poco discurso, y razon, que mostraua, si bolvia à repitir el crecimiento de la calentura, se auia de boluer al rigor, q̃ antes, y cargar la cabeça; dispuso el testigo, que al punto, en la forma, que pudiesse, y à juizio de Confessor, y Cura de la dicha Ciudad se confessasse, y recibiesse el Santissimo Sacramento, y hiziesse testamento, y lo demàs, que à esto tocasse. Y con efeto se dispuso assi, y recibiò el Viatico.* De estas palabras se colige, que el testigo reconociò que mediante la causa que refiere, la cabeça se compuso algo, que conociò, y hablo al Marques de Mairena su hijo; coligese tambien, que el frenesi andaua à el passo, y medida de la calẽtura, que en crecimiento mostraua su rigor; y en declinacion se remitia; q̃ hizo juizio, que estaua en estado de disponer de su conciencia, y hazienda à parecer del Confessor, y Cura, que vno, y otro vinieron en ello, pues dize, que se executò assi; con que a lo que mas se alarga este testigo, es aque el recobro del juizio no era firme, ni seguro, por el peligro, de que amenazaua el crecimiento, y confiessa que se recobrò algo. *En el num.* 459. examinado en plenario en el juizio de tenuta, dize: *Que el dicho dia se aliuiò de los accidentes rigurosos, que antes tenia, remitiendo la fiebre, y el delirio, y teniendo algun conocimiento, y alguna memoria, que antes no auia tenido desde el principio de la enfermedad, hasta aquel punto*; dà la causa, que està referida, y dize: *Que durò por espacio de dos, ò tres horas, en el qual discurso no hizo violencia alguna, antes estuvo quieto, y sossegado.* En el *num.*664. añade, *que aunque la cabeça, y memoria no estaua del todo perdida, la tenia muy flaca, y diminuta.* Reparese con la ponderacion que pide materia tan graue, lo que dize este testigo; y supongamos lo q̃ no es, que tuviesse contestes otros muchos mayores de toda excepcion: lo que probarian es, q̃ este lucido intervalo no llegò a ser perfectissimo, que padeciò el señor Conde alguna perturbacion en las potencias, aunque no en los sentidos. Pues què Letrado huviera que se atreviera a sentenciar, que por esta perturbacion auia de dexar de valer vn testamento, ò vn poder para testar, de vn enfermo fatigado, y agrauado con la enfermedad? Ninguno. Veanse las doctrinas fundadas *supr. num.*180. & 181. *cum seqq.*

192 Siguese vna contradiciõ manifiesta de este testigo, de que se reconoce el animo con que depuso. Dize en el *num.*458. examinado en sumario, despues de auer dicho lo que se refiriò en el *num.* antecedente. *Pero en quanto a la disposiciõ*

que

que tuuo para esto, y para confessar en dicha ocasion, presume el testigo, y juzga de lo que viò, y reconociò entonces, que solo diria de si, ò no à lo que se le preguntasse, como hazia à las demàs preguntas que poco antes se auian hecho por el testigo, y por los demàs, y que de su motiuo y sin incitarle, no diria cosa alguna concertada y con razon. Esta congetura (que excede de las leyes de testigo) se le podria tolerar al Doctor Maroja, sino se huuiesse hallado al acto de testar; pero hallòse, y no se puede negar, por que firmò el poder, y èl mismo lo confiessa; pues para què habla de presumpciones, ò congeturas en aquello mismo que passò en su presencia? Veamos aora que es lo que depone, *num.* 634. *Que sabe que al tiempo que el dicho señor Conde estuuo algo mas quieto, que los dias antecedẽtes, el dicho Escriuano preguntò a dicho señor Conde, si queria su Excelencia hazer testamento? Y que dicho señor Conde respondiò, que no estaua para ello. A que dicho Escriuano replicò, diziendo: Con que V. Exc. otorgue poder para ello bastarà. Y preguntando dicho Escriuano à dicho señor Conde, si le queria otorgar? respondiò que si. Y entonces dicho Escriuano aduirtiò al dicho señor Conde, de que eran menester tres cosas para que fuesse valido, que eran, nombrar testamentarios, sepultura y heredero; y preguntandole el dicho Escriuano, à quien nombraua por testamentario? respondiò a la Condesa. Y preguntandole el dicho Escriuano, à quien queria dexar por heredero? respondiò que a la Condesa. Y preguntandole dicho Escriuano al dicho señor Cõde, donde queria enterrarse? respondiò, que en su Conuento de Loeches.* No trato aqui de la formalidad destas respuestas bastantes para testar, porq̃ queda tratado, y para ello ponderado este dicho *en este mismo §. punto* 2. solo reparo, que este testigo dize, que preguntandole, si queria hazer testamento? respondiò, que no estaua para ello. Que a las preguntas no respondiò por si, ò por no, sino por palabras determinadas, que era preciso se las supeditase la memoria, se reglassen por el entendimiento, y se escogiessen por la voluntad, especialmente aquellas, *en mi Conuento de Loeches.* Pues como dixo, hablando del mismo acto de testar, y confessarse, q̃ juzga, y presume de lo que viò, y reconociò entonces, que solo diria de si, ò no a lo que se le preguntasse; pues viò, y oyò lo contrario, como èl mismo depone. Farinac. *en la quaest. 66. de teste var.* y otros muchos, en cuya alegacion no me detengo, dize, que el que se contradize, diziendo cosas contrarias, que no caben, ni admiten composiciõ, se tiene por falso, y que en todo su dicho pierde el credito. Cotegense estos dos dichos, y reconozcasse si son contrarios, y en que lo son, si es cosa sustancial, ò accidental; y juzguesse deste testigo, y de la fee que merece por su misma deposicion, Erasmus *chiliade 2. proverb. centur.* 3. *adagio* 74. sic ait ad illud: *Mẽdacem memorem esse oportet*, post Clasicos quos ciet: *Satis liquet adagij sensus, nempè per difficile esse, vt qui mentitur, semper sibi constet, nisi sit*

sit summa memoria. Est autem fictarum rerum memoria non parum difficilior, quam verarum. Proindè reprehenduntur hoc pacto mendaciorum Architecti, dum obliti, quæ prius dixerãt, diuersa à superioribus loquuntur. Alla testimonia non adducam, quia satyram non scribo, quamvis sub his cavillationibus difficile sit, satyram non scribere, vt dicebat Iuvenalis.

193 Hallarèmos tambien temeridad en su dicho; y porque el termino no ofenda los oidos de los señores Iuezes, le explicarèmos primero. Temeridad se llama en quanto falta al buen consejo por precipitacion; y en quanto falta al buen juizio, y censura de las cosas por inconsideracion, *D. Thom.2.2.quæst.53.artic.2.in corpor.* illis verbis, vbi loquitur de imprudentia. *Et hoc modo quantum ad defectum cõsilij, quod est Eubulia, est præcipitatio, siuè temeritas imprudentiæ species. Quantum verò ad defectum iudicij circà quod sunt synesis, & gnome, est inconsideratio.* Y en el segundo sentido parece auer tomàdo esta palabra Ovidio *in Heroida, epist. 6. Hysiphyles ad Iassonem.*

Credula res amor est, vtinam temeraria dicar:
Criminibus falsis insimulasse virum.

Hallarèmos, pues, esta inconsideracion, y temeridad en su dicho; porque en el *num.583.* dize: *Que ha oido dezir, que el dicho señor Conde Duque frequentaua muy de ordinario confessar y comulgar; y que le parece, que le pudo ayudar mucho a dezir la confession, y demàs palabras que dixo en presencia del testigo, sin errarlas, la costumbre de dezirlas.* Por lo menos de aqui conseguimos, que despues de otorgado el poder, y en el tiempo de recibir el Viatico, por deposicion deste testigo, dixo el señor Conde la confession, y las demàs palabras sin errarlas, que es prueba de su memoria, que dize, *tenerla firme*, cerca de ellas, dize: *Que la tenia falta à cerca de otras cosas, que le preguntauan* (no dize quales) *y que de el dezir la confessiõ, y otras cosas que dezia, no infiere este testigo que estuuiesse en juizio; porque se sabe, que muchas vezes los furiosos, &c. Tienen noticia, y memoria de muchas cosas, y con todo les falta la razon, y el discurso; y esto se reconoce en vn niño, &c.* Preguntado, que palabras dixo con concierto *fuera de la Confession, y el Credo?* Dize, *que respondia derechamente à las preguntas ordinarias, en esta forma: Si creia todo lo que cree, y confiessa la Santa Iglesia Catolica Romana? Respondia, si creo: y diziendole, perdona V. Excelencia à sus enemigos, respondia, si.* Mucho mas respondiò, y muchos mas actos de caridad, penitencia, y religion hizo en esta ocasion el señor Conde Duque, como se verà despues en las deposiciones de nuestros testigos; pero de vn testigo contrario, contentemonos con sacar, el que respondiò a las preguntas ordinarias con concierto, que no es poco: *Rancidulum aliquid balbà de nare loquuto*, como dize Persio de los que dizen de mala gana; y veamos si el habito de comulgar frequentemente, le pudo dar

dar aſſuefaccion para dezir con concierto, y ſin juizio las palabras ordinarias que manda la Iglesia, y ſu ceremonial, ſe pregunten a los que comulgan per modum Viatici? El habito, ò aſſuefaccion a hazer vna coſa, y a dezirla, ſe engendra de frequente repeticion de actos vniformes, y de vna miſma eſpecie. Por eſſo ſe difine, *qualitas difficilè movilis à ſubiecto qua benè, vel malè, diſponitur potentia ad operandum.* Ita poſt Phyloſoph. D. Thom. 1.2. *quæſt.* 49. *artic.* 1. *& ſeqq.* Vbi latè, & ibi eius Commentatores, Illuſtriſsimus Archiepiſcop. Tapia 1. *tom. Cathenæ moral. lib.* 2. *quæſt.* 1. *artic.* 2. ideò dicitur generari habitus per actus tanquam per cauſam principalem, vt docent Sapientiſſimi Salmanticenſ. *in* 1. 2. *tractat.* 12. *diſput.* 1. *num.* 43. facilitando las acciones operativas al bien, ò al mal, à la arte, ò à la inertia, Ariſtoteles *lib.* 6. *ethicor. cap.* 3. *&* 4. Vbi præ cæteris legendus Theologorum Cultiſsimus Magiſter Fr. Ioſephus Sanz de Aguirre 2. *tom. moral. Phyloſophiæ.* Deforma, que para hazer habito de dezir aquellas palabras, qne dizen los que comulgan per modum Viatici, era neceſſario que frequentemente las repitieſſe, para que ſe quedaſſen en la memoria fixas; deforma, que ſin premeditacion ninguna, ellas ſe vinieſſen ſin buſcarlas: eſtas, como todos ſaben, no ſe dizen, ni ſe repiten en las confeſsiones, ni en las comuniones que ſe hazen por los ſanos, excepta la confeſsion general. Pues como pudo dezir, ni jurar debaxo de eſta deduccion, que aunque reſpondia con concierto las palabras ordinarias, que ſe preguntan à los que comulgan per modum Viatici, no eſtaua en ſu juizir, porque las dezia como los niños, por el habito, coſtumbre, y aſſuefaccion que tenia de dezirlas, quando comulgaua? Veaſe ſi es eſte temerario juizio, y juramento, y de quan malas premiſas sacò ſu conſequencia eſte Phyloſopho: *Intrepidi quæcumque altaria tangunt.*

194 De aqui paſſarèmos a juzgar de lo que depone, no como teſtigo, ſino como perito en el arte. *num.* 459. dize aſsi: *Y en quanto a lo que ſe le pregunta: ſi quedò por aquel eſpacio libre del delirio y freneſi? Por ſer punto de Medicina, y eſtar el teſtigo examinado como perito, dize, que ſe perſuade, y tiene por cierto, que eſtuuo con el freneſi, y delirio, aunque remitido, ſin quedar enteramente en ſu juizio natural, ni poder diſcurrir, como ſe debe, eſtando en ſu juizio ſano.* Confeſſamos, que es perito en la Medicina; pero querrà ſer tenido por tal en la Iuriſprudencia. Como Medico dize, que en aquel eſpacio eſtuuo el delirio remitido: Como Iuriſta ſe arrojò a dezir, que en eſte eſtado no eſtaua para diſcurrir, *como ſe debe*, eſtando en ſano juizio. Veaſe lo que dexamos notado *nu.* 183. del eſtado de juizio, y entendimiẽto, en que ſe debe hallar el enfermo, para que pueda teſtar. Entra luego dando las razones medicas: *Porque deſde el principio de la enfermedad tuuo la phrenetis, que es lo que ſe ha dicho.* Supone por hecho conſ-

Pp tan-

tante vna cosa, de que èl no tuvo noticia propria, y intuitiva; porque el señor Conde Duque, segun la mas comun lectura de los testigos, enfermò el Sabado por la mañana, y èl llegò el Lunes a la amanecer; y lo que supo del principio, y progresso de la enfermedad, fue por la relacion que le hizo el Doctor Lazaro de la Fuente: y lo que èl coligiò de ella, como queda notado *num.* 189. y es cierto, que el dicho Doctor Fuente no dize que padeciesse este afecto. Este vicio se llama jactancia, quod est prædicare maiore cum asseueratione aliquid, quã quod in se est, D. Thom. 1.2. *quæst.* 12. y assi las ilaciones medicas estriuan en vna jactancia propria, y no fundada presumpcion. Prosigue: *Y quando tuvo aquel aliuio no estava libre de la enfermedad de que enfermò desde el principio.* Veasse *en el num* 191. lo que dixo, que el delirio iba à par de la calentura, y sus crecimientos, creciendo, quando estaua en crecimiento, ò crecia, y remitiendo, quando se aliuiaua; y aqui serà preciso que nos remitamos a lo que dizen los otros dos Medicos del grande alibio, que el señor Conde Duque tuvo el Miercoles por la mañana; porque este testigo, aunque no niega lo que passò, lo refiere tan disminuido, que ya que no contradize, dissimula la verdad; y assi quando digamos con èl, que no estaua libre de la enfermedad, de que enfermò desde el principio; si estaua tan poco agrauado de la fiebre, que apenas tenia ninguna; este seria el estado de la falta de su juizio, que apenas se le conocia ninguna. Esto es discurrir debaxo de sus mismos terminos, y de la imaginada frenetis, que discurriò a su modo, y arbitrio.

195 Añade haziendo juizio de la enfermedad, *que no auia mudado de especie, ni la mudò hasta la vna de la tarde, despues de comer el dicho Miercoles 19. de Iulio, à la qual hora le diò al dicho señor Conde-Duque vn sopor, ò sueño profundo; y consiguientemente le privò de todos sus sentidos sin que fuesse capaz de hazer accion alguna, privandose de sentido, y mouimiento; por los quales accidentes se conociò, q̃ desde la vna dicha de la tarde, la dicha enfermedad se mudò en otra especie, en lugar de ella le sobrevino vn letargo, y despues de el por mayor carga de humores, y destruicion del celebro, le sobrevino vna apoplexia; con la qual muriò.* Dos vezes ha dicho, que desde la vna del dia la enfermedad mudò de especie. Aora añade mirando à todo el espacio de tiempo, por la mañana hasta la vna: *De modo, que en el tiempo del aliuiò referido la enfermedad primera que dicho señor Conde tuvo, no mudò de especie por entonces, sino que se conservò en vn genero de declinacion; en la qual dicha enfermedad conservò sus accidentes; y estando ella presente, no le podian faltar los accidentes proprios de delirio perpetuo, y calentura continua.* Deforma, que conociendo la diferencia especifica de sintomas contrarios, que tuvo la enfermedad, frenesi, y letargo, no dà medio tiempo, en que se quitasse la

la *frenetis*, que dize padeciò; sino que passò sin medio, de sumo calor à suma frialdad de humores, perseverando siempre en el dictamen hecho, que padeciò desde el principio de la enfermedad la frenetis, que es lo que antes tenia dicho, y repite otras vezes; con que este juizio Medico pide dos terminos para concluir: el primero, que la enfermedad fuesse *frenetis*, y no frenesi; porque sino lo es, faltando el antecedente, no puede salir la consequencia. El segundo que precisamente huviesse de passar de vn extremo à otro contrario, sin medio; porque si se dà medio de intermision, consiguese el lucido intervalo, no solo bastante, sino perfectissimo; y no concluye à nada el discurso.

196 Todo el fundamento de la justicia del señor Marques de Leganès consiste en esta censura, ò juizio que haze de la enfermedad el Doctor Cypriano Maroja, Medico insigne, y Cathedratico de Prima de la Vniuersidad de Valladolid. Yo no le quito cosa alguna de la opinion, que tuviesse, y huviesse merecido; pero dirè, que no es mas, que vn perito, y presentado por la parte, à cuyo juizio en la arte, no se dà mas credito, que à su deposicion en el hecho, de que atestigua: Y assi no conuiniendo, como no conuienen, los otros dos Medicos, que assistieron a la cura de la enfermedad del señor Conde Duque, en todo queda singular, y insuficiente para que merezca estimacion, en lo que se ha de juzgar. En los testimonios, que hallamos en las leyes, que piden declaracion de peritos, siempre hallamos que se pide pluralidad, *l.* 3 *C. de re militari, lib.* 12. ibi: *Medicis denuntiantibus.* En el nuevo edicto, que es, quando el marido, que se divorciò, pide se embien matronas, que reconozcan si su muger està preñada, negandolo ella, ne inimico marito filium pariat, *vt in l. Cicero* 39. *ff. de pœnis*, se piden tres obstetrices probatæ artis, & fidei, *l.* 1. *in princip. ff. de inspiciendo ventre custodiendoque partu.* En la clausula antigua de este mismo edicto, que es mas comun, quando la muger dize, que quedò preñada, y se teme suponga el parto, se piden cinco, *dict. l.* 1. *§. de inspiciendo.* Y esto es en peritos nombrados por el Iuez. Toda via se controvierte, si para aueriguar vn cuerpo de delito, ò otra declaracion judicial, bastarà vno nombrado por el Iuez de pericia conocida, y de su satisfacion. El señor Don Francisco de Amaya *in l.* 2. *C. de iure fisci, à numer.* 14. donde tratò latamente este punto, lleua que es menester, que sean dos por lo menos. Yo en esto facilmente me acomodo à el estilo de los Tribunales; que si es de nombrar vno solamente, se estè a la declaracion, por auerla calificado el Iuez con su nombramiento; pero en lo que no ay opiniones, es, que siendo testigo presentado por la parte el perito, no haze mas fee en el juizio, que en la deposicion, y que en todo es singular, como dixe. Docent Pacianus, *de probationibus, lib.* 1.

1.cap.47. *num*.50.& 51.Farinacius *quæst*.127.*num*.157.Mascard. *concl*. 1174 *à numer*.36. Gratian.*discept*. 235.*à num*.56. D. Amaya *vbi proximè num*.25. Tampoco la ay, en que si ay tres peritos, y dos dizen vna cosa, y vno otra, se està a la declaracion de los dos, *d. l*.1. *in fine principij* ibi: *Sin autem, vel omnes, vel plures non esse grauidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit*. Y el derecho no se pone à medir, qual es mas, ni menos docto, comparacion odiosa, y impossible de ajustar, sino passa con el numero, q̃ es lo fixo. En la *l*.1. *C.Theodosian. de constit. Princip*. se diò a Papinian. por Principe de la Arte prerogatiua, que su sentencia, ò respuesta en opinion contraria, se prefiriesse; de forma, que de vno à vno superaua la autoridad de Papiniano; pero si por la contraria estauan dos, superabatur à duobus. En los Iuezes arbitros vèmos lo mismo. *l.diem proferre* 27.§. *Si plures, ff. de recept. & qui arbitr. receper. cap*.1. *de arbitr. in sexto*. Y en otros muchos exemplos, en que no me quiero dilatar. Por lo qual Fulvio Pacian.*dict.cap*. 47.*num*.166.*y siguient*. funda, que procede assi, aunque el vn perito sea mas excelente en su arte, idem docent Farinac.*d.quæst*.127.*n*.141. Burat. *decis*.56. *num*.6. que dize vna cosa muy conforme a razon, y muy seguido, que quando ay encuentro en las declaraciones de los peritos, eis magis credendum est, qui interfuerunt curæ vulnerati, & vulnus inspexerunt, quam his qui vulnus non viderunt, & non interfuerunt; *vel non sic assiduè vulneratum curauerunt*. Porque estàn mas informados de la enfermedad, complexion del doliente, humores, y habito de cuerpo, para poder acertar el juizio, & ita semper censet Rota 1.*part. diuersor.decis*.701.& apud Cavaller *decis*.220 *num*.7.Nouar.*decis*.606.*num*.3. Y, assi en este caso a quien mas se auia de deferir estando vno a vno, era al Doctor Lazaro de la Fuente, Medico de Familia, continuo del señor Conde Duque en Toro, y quien començò a curarle de la enfermedad, de que muriò.

197 Con esta nota, y doctrina juridica nos podiamos, y debiamos desembaraçar de la deposicion del Doctor Maroja, diziendo con el brocardico comun del *cap. In omni negot. de testib. dictum vnius dictum nullius*. Pero la insistencia y ponderacion de la informacion de Granada, no nos lo permite; no porque sea necessario, sino porque no parezca, que damos assenso a sus discursos. Auiendo opinado el Doctor Maroja, que el delirio, que padeciò el señor Conde Duque era *phrenetis*; ò sea por modo de explicacion, ù de correccion, y saber mas, que lo que el testigo auia dicho, funda muy curiosamente, que fue la *phrenetis*, que padeciò el señor Conde Duque no exquisita, ò legitima; porque la que lo es, nace de humores colericos, ò encendidos, que se podrecen en el celebro; y estos hazen la calentura muy aguda, y intensa, y el delirio en estremo furioso, sino nota, ò esporia,

par-

participada, no solo de humores colericos, sino tambien de flematicos. Y por esta razon degenerò de la primera, haziendo vna enfermedad media, entre vn letargo que procede de flema, y vna phrenitis que procede de colera. Que llaman los Arabes *Subethasan*, y los Griegos *Typhomania*, ò *Vigil coma*, que es lo mismo que duerme, y vela, por la propension a vno, y a otro. Traslado sus palabras, que estã *num*.630. por no equiuocar la sentẽcia, como no es de mi profession. Repite la misma, *num*.650. diziendo que fue vna enfermedad media, compuesta de humores frios, y calidos, de cuya participacion resulta el delirio. En comprobacion trae vn lugar de Avicena, que trata de la apostema; y otro de Galeno, de la Cataphora, quæ fit redundante humore tùm pituitoso, tùm vilioso: ac si viliosus humor superet, phrenitidis indicia prævalẽt, si verò pituita supervenerit, lethargi plura, & validiora signa sunt. Y porque el Doctor Medina, como despues se verà, dixo, que el frenesi del señor Conde Duque auia nacido de humores calientes, y humedos, le reprueba acremente en el *num*.790. siendo assi, que auia confessado lo mismo èl proprio en el *num*.728. de su informacion; aunque no me admito de esta contradicion en materias tan distantes, y tan estrañas de nuestro instituto, en que no sabemos mas, que lo que trasladamos.

198 De lo que me admiro es, que aviẽdo reprobado en los Abogados del señor Duque, el auer llamado a la enfermedad *paraphrenesis*, por dezir, que ningun Medico le auia puesto tal nombre, vt constat *ex num*.778. prædictę allegationis Granatensis; èl ha ya inventado tantos, y para mi poco entender en materias Medicas, tan exquisitos nombres, que me parecen monstruos, Coma Vigil, Thyphomania, Subethasan, Cathaphora, y algun otro en que no avrè reparado. Pregunto yo, què Medico de los que se hallaron presentes, le descubriò que su Excelencia padecia tales afectos? Què Medico le dixo, que los dos extremos de la enfermedad del señor Conde Duque, auian sido siempre Vigil Coma, ò vela, y duerme; frenesi, y letargo a vn tiempo, sin mudança, ni alteracion de humores? Que la enfermedad fue siempre vna, y de vna misma especie? Por lo menos no se lo dixo su Doctor Maroja, q̃ expressamente declarò, que auia mudado de especie Miercoles a la vna del dia, passando de phrenetis como èl dize, a letargo, de calido a frio, de inquieto a soporoso, y de vn contrario a otro. En esto avia de insistir la informacion de Granada, probando que no es absurdo en Phylosophia este transito, sin passar por medio de templança; porque mudar de discurso, y capitular vna enfermedad por otra, desapropriãdo a la frenitide de la naturaleza que la diò Maroja; y haziendola espuria, para que participe de contrarias qualidades, es dezir lo que se quiere; pero no lo que consta de los autos.

199 Y asi más conforme à razon natural, y a principios Medicos deue parecer lo que se fundo en la instancia de tenuta, por el señor Duque de Medina, que el frenesi es accidente cõtrario al letargo, como enseñò Bartolomè Castillo *in lexico Medico, verbo Letargus*, ibi: *Letargus passio est phraniti contraria*, que fue de Cornelio Celso, *lib. 3. de re Medica, cap. 20.* vbi eius commentator Balduinus Rõsæus, ità inquit: *Est autem lethargus, si morbi causam, & accidentia inspicias, phrenitidi prorsus contrarius.* Por ser el frenesi humor calido, q̃ ocupa el celebro, nacido de su inflamacion, por colera, y humor caliente; y el letargo proviene de estar demasiadamẽte humedecido, y frio, con el humor flegmatico, vt ex Galeno probant nostri Caldas Pereyra, *consil. 24 num. 19.* Petrus Gregor. *lib. 13. Syntagmat. cap. 5. n. 9.* Disertius tamèn idẽ Ronsæus *vbi proximè*, his verbis: *Sunt autem contrariæ causæ: nam in phrenitide febris acuta est, membranarum cerebri inflamatio, atque calor, lethargum contra febris lenta commitatur. fitque quoties pituita sua frigiditate, & humiditate cerebrũ imbuerit.* Por lo qual Cornelio Celso, *lib. 3. cap. 18.* enseñò que *in phrenitide difficilis somnus, prompta ad omnem audaciam mens, at in hoc* (loquitur de letargo) *mayor, & inexpugnabilis penè dormiẽdi necessitas.* Ad quod allusit eleganter D. Augustinus totius encyclopediæ miraculum, *Epistol. 48. ad Vicentium Donatistam* relatus a Graciano, *in cap. non omnes 5. quæst. 5.* ibi: *Non omnes, qui parcit, amicus est; nec omnis, qui verberat inimicus.* Meliora sunt vulnera amici, quam voluntaria oscula inimici, *ex cap. 27. Proverb.* & Paulo inferius: *Et qui phreneticum ligat, & qui lethargicum excitat, ambobus molestus ambos amat.* Siendo pues contrario accidente el letargo, y el frenesi; y auiendo en su Excelencia sucedido aquel a este, principio natural es, que no pudo passar de el extremo del frenesi calido al del letargo frio, sino es por el medio de templança. Teste Rodulpho Golenio *in Lexico Phylosophico. verbo Mutatio* vbi ità. *A termino ad terminum perveniri non potest, nisi per medium. Vt à calore ad frigus per tepidum, ab alvo ad nigrum per fuscum; à maiore quantitate ad minorem per mediam.* Porque como sea toda transmutacion *ex quodam ad quiddam*, segun Aristoteles, hazese demostracion en sentẽcia de Galeno, *lib. 4. de vsu partium, sect. 12. nullam rem recipere posse contrarias qualitates, vel omnino multum differentes, nisi prius per media iter fecerit.* Passar pues de la qualidad de vn ferviente, y arrebatado frenesi à vn letargo frio, desidioso, amortiguado, y soñoliento; como passò el señor Conde-Duque el dia Miercoles no se pudo hazer sin el medio de la templança; que es cosa natural. En quanto tiempo se hiziesse este camino, ò passaje, no lo pueden determinar las experiẽcias Medicas, con que se ha de estar a los indicios exteriores, de que prudentemente se pueda colegir el estado del paciente. A estos quiso tambiẽ re

recurrir el Doctor Maroja en su dicho, para probar con ellos, que el señor Conde-Duque en la intermission que tuvo, no recobrò el juizio cabal, y perfecto. Pero como parece auer errado en los principios Physicos, y Medicos, proprios de su profession, fingiendo vna *frenetis* que solo èl juzgò, que padeciò su Excelencia, y juntandola con vn letargo de diferente especie, sin medio; assi errò en las congeturas que hizo, como se demostrarà en los numeros siguientes.

200 Prosigue en el mismo *num.* 459. diziendo: Lo segundo, porque en este tiempo se tratò, se confessasse dicho señor Conde Duque, y el testigo se lo advirtiò assi à la señora Condesa, por si acaso hallara el Confessor capacidad para confessarle; y que se despojò la pieça para este efeto; y entrando el Padre Ripalda, estuvo con el señor Conde-Duque muy poco tiempo; y haziendosele nouedad al testigo que se huviesse cõfessado tã apriessa, preguntò al Confessor, como se auia confessado tan breuemente? y le respondiò, que no le auia hallado capaz, y que por esso saliò tan apriessa. *De loqual infiere el testigo, que ni la enfermedad dicha frenetis, ni sus accidentes se auian quitado, sino q̃ estauan siempre permanentes, aunque no en la fuerça, y vigor del aumento, y estado de la dicha enfermedad.* Es de notar lo primero, que el Padre Ripalda, q̃ tan firme, y animosamẽte depuso de la incapacidad del señor Conde-Duque, no dize tal cosa en toda su deposicion; antes passa por alto el acto de auerle confessado, y assi en quanto se refiere a lo que oyò al Padre Ripalda, queda su dicho desvanecido; porque el referente no contesta, *l. Asse toto 77. ff. de heredib. instit. l. Institutio talis 10. ff. de condit. instit. Authent. si quis in aliquo documento, C. de edendo.* Y el axioma comun, que corre en todo genero de probanças, *relatum est in referente.* Solo es testigo de su propria noticia, en lo que dize, que estuvo brevissimo tiempo el Confessor con su Excelencia, y tan breue que apenas era bastante para auerle hechado la absolucion. En que es singular, y le conuenceremos en la circunstancia del tiempo, manifestando, que fue el competente, y en las oidas, que supone del Padre Ripalda, con muchos testigos, Religiosos, y personas muy graues, mayores de toda excepcion, que digan lo que oyeron dezir al Padre Ripalda, quando saliò de Confessarle, y las gracias que iba dando à Dios, de que les huviesse dado tal dia, y tal disposicion a su Excelencia. De este antecedente concluye, que la enfermedad dicha frenetis no se auia quitado; pero siendo el antecedente improbable, y voluntario, no puede ser la conclusion de màs probavilidad.

201 Prosigue en el mismo numero. Lo tercero, porque en essa ocasion quiso el señor Conde Duque firmar vn papel en blanco, y para esto tomò la pluma de la mano al testigo, para vèr si podia firmar el poder; y por estar sin tinta: començò à escrivir en blanco; y ad vi-

virtiendole a su Excelencia que la pluma no tenia tinta, y que no señalaua, proseguia en escrivir en dicho papel blanco, sin querer dexar mojar la pluma, aunque el testigo pretendiò quitarsela para mojarla en la tinta. En todo esto es tambiẽ singular, y no debemos dar por probado el hecho que èl supone, cõ sola su deposicion, pues de cada hecho de que se quiere sacar el indicio, presumpcion, ò congetura, ha de auer dos testigos contestes, Glossa celebris, & communis *in l. vltim. C. familiæ erciscundæ.* Prosigue con la misma singularidad: Y en este tiempo dezia razones sin concierto, como son: *Yo, yo, quando estaua en Salamanca, y era Rector*; y estas, y otras palabras sin concierto dezia, mirando al testigo, y escriviendo juntamente en la forma dicha; *los quales actos, y palabras referidas son indicio claro, que dicho señor Conde Duque en el tiempo dicho de el alivio, estaua, y estuuo frenetico, y delirante.* Bien se dexa reconocer, que quando fuera cierto lo que depuso, ò supuso este testigo, la consequencia que sacò de sus mismos antecedentes, es arrojada, y aun precipitada; pues no es nueuo, antes cada dia se experimenta, que sugetos viuos de aprehensiones tã eficaces, y fantasias tan ocupadas, con muchas, y varias imaginaciones, como el señor Conde Duque, se abstraigan, y arrebaten de lo q̃ estàn haziendo, lleuados de la imaginacion, aunque estèn empleados en negocios que pidan toda su atencion; como se lee de Varones muy grandes, y en especial del Angelico Doctor Santo Thomàs, que assistiendo a vn Rey, prorumpiò, diziendo de repente *conclusum est contra Manichæos*; porque era aquello lo que actualmente ocupaua su imaginatiua. Y este prorumpir exteriormente en acciones no ordenadas, y palabras de desconcierto, es vn mouimiento que el Filosofo llama primo primo, en que no ay consentimiento deliberado; y apenas avrà a quien no le aya sucedido tal vez, y aun muchas vezes, si es hombre de letras, ò negocios, q̃ traiga embarazada la idea, ò flaca la imaginacion. No pudo ignorar esta philosofia el Doctor Maroja; por lo qual no debiò hazer tan preciso juizio de furor, y duracion de frenesi, ò *frenetis*, como hizo, si no es deponiendo apassionadamẽte: lo mas que pudo colegir de estas acciones, y palabras, si es que las viò, y las oyò, que esto no se lo concederèmos, es, que el señor Cõde Duque tenia turbadas las potẽcias; pero no que tenia el juizio viciado, ò incapaz de testar; pues turbacion de potencias, y invecilidad de ingenio, y memoria, no causan demencia, y se compadecen con la integridad del entendimiento que se requiere para testar. En el *num.* 181. *y* 183. citè los Autores que cõprueban esta verdad, y aora pondrè aqui las palabras de algunos; Paulo Zachias, de professsion Medico, dixo: *In eo, qui disponit de rebus suis non requiritur mens omnino sana, sed vt non sit à mente alienatus.* Burato: *Non enim quilibet actus, etiã si*

si non omninò virò sanæ mentis conveniat, dementiam arguit, & simul stare potest, quod sit læsa imaginatio, non tamen vsus rationis. Y dos numeros antes auia dicho: *Vndè visum est, testes nihil cōcludere prædicti enim actus tendunt potius ad quandam leuitatem, & imbecillitatem ingenij, vel memoriæ, quam ad dementiam; cum non excludant vsum rationis, nec iutellectus, nec mentis exilium inducant, & sic non tollunt testamenti factionem,* Gratian. *Et requiritur totalis mentis alienatio ad hoc, vt testamentum corruat; nam iura de furioso loquentia intelliguntur solum de illis, qui laborant continua mētis alienatione, & tarent omnino intellectus, & nullum habent vsum rationis.* Fuera molestar a los señores Iuezes trasladar mas Autores, pues se pueden regis-trar los citados.

202 Descendamos a cada accion, y a cada palabra de por si. Burajear con la pluma, y dezir en aquella sazon; yo, yo quando estaua en Salamanca, y era Rector, arguye a lo sumo vn extasis, ò rapto de la imaginatiua; pero no concluye la total enagenacion de juizio, que piden las leyes, y Doctores para carecer de facultad de testar: *Quando quidem sani intellectus viri* (dize Paulo Duran, cuyas palabras repito, aunque quedā trasladadas *supr. num.* 183.) *aliqua ex accidenti faciunt à sana mente aliena etiam tempore conditi testamenti; & tamen non ideò semper superuenisse furorem de iure præsumitur, nec insani reputantur quoad testamenti factionem actiuam: modo ex alijs suspitio furoris inde causata amoueatur.* Si auiendo respondido el señor Conde tan ajustadamente a las preguntas del Escriuano para otorgar el poder; y a las de el Cura para recibir el Viatico, como este mismo testigo reconoce, aunque de mala gana; y se probarà despues con los que presentò el señor Duque, huviesse tenido no en el mismo acto de testar, sino en el mismo tiempo, algun descuido, alna palabra, ò accion desordenada; claro es, que de las a proposito se removiera qualquiera sospecha de furor, que estas pudieran inducir, aunque fueran en el mismo acto, y adherentes a èl, segun esta decisiō; porque se desestiman como inconsideradas, pero no vician. Texto es bien à proposito para el assumpto a mi parecer la *l. quæ extrinsecus* 65. *ff. de verbor. obligat. in princip.* dize assi: *Quæ extrinsecus, & nihil ad præsentem actum pertinentia adieceris stipulationi pro supervacuis habebuntur, nec vitiabunt stipulationem, veluti si dicas, Arma virumque cano spondeo, nihilominus valet.* Segun este texto, si el señor Conde-Duque al preguntarle, que heredero nombraua, huviera respondido, *Arma virumque cano, à la Condesa mi muger*, el derecho diera el emistichio del primer verso de la Æneide por clausula superflua, y que ni viciaua la institucion, ni aun la stipulacion, con ser de mas escrupulosa forma, *§ In hac re olim. inst. eod. tit* Pues ha de dar por vicioso vn testamento, y calificar vn testador por insano, porque fuera del mismo acto de testar, prorrumpiesse en de-

zir, yo, yo, quando eſtaua en Salamanca, y era Retor? Por mas que eſte ſin propoſito ſe pondere en la informacion de Granada, no llega à ſer, ni aun leue eſcrupulo en diſcurſo razonable, ni en cenſura de derecho. Otra ſalida podriamos dar à la accion del burrajear en blãco, en que tanto funda el *Doctor* Maroja; aunque no la tengo por neceſſaria; y es, que ni eſtaua tan ſin tinta la pluma, ni eſcriuiò tan en blanco, como dize eſte teſtigo; pues Ana Gomez, teſtigo de el ſeñor Duque dize, que formò vna, y primer letra de el nõbre de ſu muger la ſeñora Condeſa Doña Inès, con q̃ començaua ſu firma, y viẽdo q̃ por la denilidad del brazo no la podia proſeguir, dixo: Dios quiera que haga otro mejor, aludiendo al raſgo que hechò; que es accion, y palabra bien prudente. Oponeſe, que es teſtigo ſingular, y tachada. Como ſino fuera vno, y otro el Doctor Maroja; y aſsi viene muy bien aqui aquel edicto del Pretor, que tanto alabò Baldo. *Quod quiſque iuris in alterum ſtatuerit, vt ipſe eodem iure vtatur.* Y à la verdad pudo alabarle, porque ſe halla mucho antes recomendado, y aun imperado en el Evangelio *Mathai, cap.* 7. cuius meminit Evariſtus à Gratiano relatus *in cap. Deus omnipotens* 20. 2. *quæſt.* 1. Pues quien para la impugnacion ſe vale de vn teſtigo tachado, y ſingular, no ha de intentar, q̃ para la defenſa (tanto mas fauorable) no nos valgamos de otro, aunque fueſſe de la miſma calidad que el ſuyo.

En lo que ſon cõteſtes, el Doctor Maroja, y el Padre Ripalda, es en que el ſeñor Conde-Duque ſe reìa aquella mañana, y no, dexaua de reirſe, aunque le auiſauan del peligro en que eſtaua. Eſta ſegunda parte no la dize Ripalda. En Chriſtianos motivo es de alegrarſe, y no ſe contriſtar, la noticia de la muerte; y de eſta alegria por eſſa razon no ſe ſaca congetura, ò preſuncion de futor. Aſsi lo dizen Menochio, *lib.* 6. *præſumpt.* 45. *n.* 43. & cum alijs Farinac. *in fragm. verbo Furor. num* 251. Y eſta ſalida ſe diò por el ſeñor Duque en la inſtancia de tenuta. Pero mirando el hecho, y lo que ſucediò aquella mañana, no fue mucho ſe alegraſſe el ſeñor Conde-Duque, y moſtraſſe alegria; pues deſde que el Doctor Medina le hallò al amanecer, ò poco deſpues tan aliuiado de calentura, q̃ ſe podia dudar ſi tenia alguna; y por orden de ſu Excelencia, diò de ello cuenta à la ſeñora Condeſa ſu muger, fue tãto el alborozo del Palacio, los placemes, las gracias q̃ ſe dauan à Dios, por la impenſada mejoria; que era preciſo, que el ſeñor Cõde-Duque ſe viſtieſſe del ſemblante de los demàs de ſu familia, y los demàs de ſu Excelencia, y el que excediò en eſto reboſando alegria, fue el Padre Ripalda, como ſe dirà deſpues con las palabras de los teſtigos, Ariſtoteles dize, que *eſt iucundum evaſiſſe à periculo*: no me acuerdo de quien es vn Senario Griego, que traducido dize aſsi: *Non in loco ridere per graue eſt malum.* Muy malo eſtuviera

ra su Excelencia si en ocasion tal no manifestara su alegria. En fin la risa es passion que se causa tambiẽ por enfermedad, herida, gozo, tristeza, que no llega à la mente; pues cada dia se vee reirse vn hombre intempestiva, y importunamẽte, donde, y quando no deue; y contra su voluntad, querer reprimirla, y no poder: y assi era menester mucha risa, muy descompuesta, y descompassada, acciones con ella muy desordenadas, para colegir de esta passion furor. Qualis risus ille apud Homer. *Odyssæà* 1.

Diva procis movit validum Tritonia risum
Haud compescendum; ac animum stupefecit; at illi
Iam malis sine mente quidem risere alienis,
Carnis frusta, & cruda, & sanguino lenta vorantes.

Las causas de este afecto, y passion se veràn en el Fracastorio *in lib. de Sympathia*, *cap.* 20. Alexandro Aphrodisæo, *problemat.* 1. *text.* 136. & *sect.* 35. *text.* 8. y en Erasmo *chiliade* 3. *centuria* 5. *adagio* 1. *Risus Sardonicus*. En Ericio Puteano *dissertatione de risu*. Y quando los severos se riẽ por achaque, ò accidente; no se arguye de esso demencia, sino mutacion de qualidad. De que se reconoce, que no menos en este juizio excediò el testigo, que en los demàs, que ha hecho: Vltimamente le hizo, de que el señor Conde se pasmaua al tiempo, que estaua comiendo, y que para que passasse el vocado, era menester auisarle, y excitarle. En esta congetura no hẽ querido discurrir, porque no es del caso, ni del tiẽpo, de que deuia ser, para que concluyesse algo. Bien se sabe por los autos, y por todos los testigos, que el Miercoles por la mañana hizo su Excelencia las acciones succesivamente, por esta serie. Primero otorgò el poder para testar, y la donacion de la tabla de las carnecerias. Luego se confessò casi generalmente, como saliò diziendo el Padre Ripalda, que es solo quien lo pudo dezir, como quien le confessò. Luego recibiò el Viatico; y rato despues, comiò a cosa de las onze, y al recogerse despues de la comida, sobrevino el letargo. Con que el dezir, que quando comia se suspendia, ò pasmaua, no convence al acto de testar, que precediò tanto tiempo antes; pues ha de ser del mismo tiẽpo, y del mismo acto de testar, *l. qui testamento* 20. *§. Ne furiosus quidem* 4. *ff. qui testament. facere poss.* ibi: *Sed si habet intermissionem, eo tempore adhiberi potest*, Bartol. *in l.* 2. *nu.* 3. *ff. de bonor. posses. furios.* Paulus Duran *decis.* 178. *num.* 10. & 16. Rota *diversor. part.* 7. *decis.* 233. *num.* 19. & 25. & *decis.* 298. *num.* 4. en tanto grado, que se diò por valido el testamento en la *decis.* 561. *tom. de Sesse*, que ya se avia otorgado, sobreviniẽdo el frenesi al enfermo tan a raiz del otorgamiento, que quando le quiso firmar, estaua ya frenetico.

205 Esta deposicion hizo el Doctor Maroja. Lo primero, con

la tacha de vario, y fauorecido del señor Marques de Leganes, que se refiriò arriba desde el *num.* 187. Lo segundo, capitulando la enfermedad a su arbitrio, y diziendo, que fue frenetis, por la relacion que le hizo el Doctor Lazaro de la Fuente, sin que este diga tal cosa. Lo tercero, siendo en el supuesto de la enfermedad arbitrario, y en el juizio Medico singular. Lo quarto, padeciendo oposicion en los principios physicos. Lo quinto, teniendo consigo mismo expressa contradicion en lo que dixo, y en lo que juzga, que podria dezir, y responder. Lo sexto, en que conociendo como Medico, que no estaua totalmente priuado de juizio, determinò como Iurista, y sin saber los principios de nuestra facultad, que en aquel estado no podia hazer testamento. Y vltimamente vn testigo instrumental, que trata de impugnar vn acto, que autorizò con su firma, y presencia. Vease aora, que testigo opone el señor Marques de Leganes a tanta, y tan cõteste probança, como tiene dada el señor Duque del sano juizio del señor Conde Duque; y con esta reflexion passarèmos a la deposicion del Padre Ripalda.

206 No le perdonarèmos tacha alguna, que padezca contradicion, ò oposicion a la verdad, ò defecto de formalidad que sea substancial; por la animosidad con que depone; y porque sin juizio temerario se puede tener por Architecto deste pleyto, guardando en su refutacion el mismo estilo, que se guardò en la del Doctor Maroja. Veamos lo primero que dixo el Padre Ripalda, quando saliò de confessar al señor Conde Duque el Miercoles por la mañana, auiendo ya otorgado el poder para testar, y hecho donacion de vna tabla de las Carnecerias de Madrid a Iuan Vicente su criado. Articulòse por el señor Duque a la dezima de propriedad, y duodezima de tenuta; *fol.* 353. *del Memor.* Contiene el articulo dos partes; la vna contra lo que depuso despues el Doctor Maroja: *que el Padre Ripalda, en confessar al señor Conde Duque, tardò vn gran rato*; y el Doctor Maroja dixo q̃ fue brevissimo, tãto, que le parecio, que aun no avia tenido tiempo para echar la absolucion a su Excelencia. Grande hyperbole, y no verisimil; pues quando huuiera fingido la accion el Padre Ripalda, no auia de salir de ella tan presto. Esto se repite aqui, porque se prometiò en lo antecedente. Lo otro, el auer salido, diziendo delante de quantas personas estauan en la antesala: *Bendito sea Dios, que nos ha dado tal dia, que el señor Conde se ha confessado casi generalmente con sano juizio, y con gran quietud, y mucha atencion a su conciencia*: Para que los señores Iuezes reconozcan la verdad, que puede tener, el que huviesse dicho à Maroja, que le auia hallado incapaz de echarle la absolucion: Sino es, que se quiera dezir, que desde el Lunes antecedente, que llegò Maroja, hasta el Miercoles trabaron los dos tal amistad, y confidencia, que lo que fin-

fingia Ripalda a los demàs, â èl solo se lo descubria. Lo cierto es, que Ripalda, en quanto a esto, no se atreviò à dezir lo que le imputò Maroja, como queda notado. Llegando pues a referir los testigos, en quanto al rato, que se tardò en confessar su Excelencia Don Bartolomè del Castillo, *num.* 1372. dize: *Vn quarto de hora poco mas, ò menos.* El mismo espacio señala Doña Catalina de Olivares, *num.* 1384. el Padre Fray Bartolomè Diaz, Religioso Dominico *num.* 1406. dize: *que no se acuerda, cree que seria media hora, ò quarto de hora poco mas, ò menos.* El Licenciado Don Manuel de Coca, Abad del Cabildo mayor de Toro, *num.* 1416. *que el Padre Ripalda estuvo vn largo rato con su Excelencia.* Don Iuan de Ledesma, y Doña Francisca de Cisneros, en los dos numeros siguientes, *vn rato.* Esto es lo comun, y a que se deuen reducir otros dos testigos, que son Domingo de Miera Zeuallos, *nu.* 1376. que dixo *vn poco*, y Doña Geronima de Mendoza, *num.* 1380. que dixo, medio quarto de hora, poco mas, ò menos. Pues en estos puntos de quartos de hora, no se puede ajustar cosa fija, mas que al buen visto del testigo; porque es cierto, que ninguno dize, que el tiempo fuesse corto para el acto de la confession. En quanto a lo que de la forma de ella saliò diziendo publicamente el Padre Ripalda, se verifica por los testigos siguientes, que son muchos mas. El dicho Doctor Lazaro de la Fuente en el *n. citado,* q̃ oyò dezir al Padre Ripalda, *Bendito sea Dios que tan buen dia nos ha dado, que el señor Conde se ha confessado casi generalmente con sano juizio y entendimiento, y con mucha atencion à su conciencia.* Añade el testigo, que salio con grande alegria, y regozijo, pidiendo albricias a quantos encontraua de la casa. D. Bernardino del Castillo, *num.* 1372. que le encontrò en vna pieça deafuera del dormitorio, y que iba diziendo en altas vozes: *Bendito sea Dios que nos ha dado tan buen dia.* Andres Dubalde 1374. que saliò a la antesala, y dixo: Bendito sea Dios, que nos ha dado tal dia, que el señor Conde casi se ha confessado generalmente con gran quietud, estando en su sano juizio, y entendimiento. El dicho Domingo de Miera Zeuallos, lo mismo. La dicha Doña Geronima de Mendoza, que auiendo confessado al señor Conde Duque, entrò el Padre Ripalda en la recamara, donde la testigo le tenia hecho el chocolate, y estaua alli el Marques de Mairena llorando; y le dixo: *Señor, que haze V. Exc. aora llora? Dè gracias à Dios que nos ha dado tal dia, que le he estimado mas, que si me huuieran dado quantos Arçobispados ay en España porque su padre de V. Exc. se ha confessado casi generalmente, y estando en su juizio, y con gran quietud, y atendiendo à su alma, y conciencia.* Fray Iuan Bautista Balda 1381. que se le oyò dezir quando venia acompañando el Santissimo Sacramento. La dicha Doña Catalina de Oliuares, que aviendo passado al quarto de la señora Condesa, en su presencia dixo lo mis-

mo. En los numeros siguientes, remissiuamente se dize, que dizen lo mismo Francisco Maquirian, y Pedro de Vmaña; y para no inculcar tantas vezes vnos mismos terminos, desde el *num.* 1390. *hasta* 1400 dizen lo mismo de oidas en la antesala, quando saliò de confessarle. Don Francisco de Huerta y Alcantara, Don Francisco de Aguilar, D. Diego Llamazares, Simon Rodriguez de Vbierna, Felipe de Alvarado, y Don Iuan de Zubiaure. El Padre Fray Francisco de Ihsunza 1402. que andaua el Padre Ripalda todos aquellos dias, despues de auer recibido el Viatico el señor Conde, diziendo, y que èl se lo oyò, la gran merced que Dios le auia hecho, en darle juizio perfecto para confessarse, y disponer de las cosas de su alma, y hazienda, y que se auia confessado casi generalmente. En la misma forma dize el Doctor Francisco de Medina, porque en esta ocasion no se hallò en casa de su Excelencia, *num.* 1404. El dicho Fray Bartolomè Diaz, que se acuerda saliò el Padre Ripalda del aposento de su Excelencia, muy alegre, arqueando las cejas, y con muchas demonstraciones de gozo, diziendo: Bendito sea Dios que se ha confessado el Conde mi señor, y casi generalmente, atribuyendolo a milagro; y esto mismo oyò al dicho Padre Ripalda despues, assi en la Ciudad de Toro, como en la Villa de Loeches. Don Francisco de Morales 1408. que le oyò dezir las dichas palabras al Padre Ripalda, en muchas ocasiones. Fray Pedro Rodriguez, Prior del Conuento de los Dominicos de Toro, que passando desde el quarto de la señora Condesa al del señor Conde, se topò con el Padre Ripalda, que saliò de confessar a su Excelencia, muy alegre, y risueño, y haziendose cruzes, dixo al testigo: *Cierto, que es caso milagroso, que està bueno el Conde mi señor; y se ha confessado bien, y casi generalmente.* Alonso Gil, Boticario, dize lo mismo, como quien se hallò con el Padre Prior, quando le encontrò Ripalda. El dicho Licenciado Manuel de Coca, que le oyò lo mismo que los demàs, y que se publicò esta voz en toda la Ciudad de Toro. Contestan el dicho Don Iuan de Robles, y la dicha Doña Francisca de Cisneros. El Padre Francisco Aguado, de la Compañia de Iesus, que aviendo passado seis años antes a Roma a la Congregacion General, oyò dezir, que avia muerto el señor Conde sin confession, ni Sacramentos, de vn letargo, ò delirio; y hallandose en Madrid con mucho sentimiento de ello, se lo preguntò al Padre Ripalda, y le respondiò, *que le auia dado Dios lugar, para recibir los Santos Sacramentos, con juizio y con gran satisfacion suya.* Està su dicho, *num.* 1420. El Padre Iuan Nicolas Diana, de la misma Sagrada Religion, en ocasion de auerselo preguntado, dize que respondiò lo mismo. Estos son los testigos que deponen lo que dixo el Padre Ripalda, quando saliò de confessar a su Excelencia, y en las demas ocasiones que se ofrecieron.

de todos estados, y de las calidades que se vè. Temeridad parecerà negar este hecho; pues ni aun el Padre Ripalda le niega: dezir que fue fingimiento suyo, arte, y traza para acreditar su intento, seria hazer quiẽ lo dixesse invectiua contra su fee, como la podriamos hazer nosotros. Leuãto la pluma, sin probar con lugares de Autores, que el mucho numero, la calidad de los vnos, y la consonancia en todos, quitan qualquier defecto que se pueda oponer a los singulares, y hazen plena, y legitima la probança.

207 Aora veamos hasta que tiempo perseuerò en este concepto, quando le mudò el Padre Ripalda, y porquè razones; y valdràn aqui las doctrinas, que quedan aplicadas al Doctor Maroja. Articularonse las tachas contra este testigo, *fol.232.B.del Memorial*, y a la pregunta, responden los testigos lo siguiente. Don Iuan de Zubiaurri, Secretario de los Reales donatiuos, Contador de Resultas, y Secretario de la Iunta particular, por donde se administrauan los Estados de Medina de las Torres, *num.* 847. dize: que fue a Toro por la señora Condesa, muerto el señor Conde, y que la hallò en Siete-Iglesias, que venia a Loeches; que alli le dixo el Padre Ripalda las gracias q̃ a Dios se deuian dar, de que huviesse dado juizio sano, y entero a su Excelencia, para dexarle confessar; y que en este mismo concepto perseverò siẽpre hasta quatro ò cinco de Nouiẽbre de 1647. en que el testigo passò al Almaden à la dependencia de los Azogues; y que en juntas de Abogados, y otras personas, fue de este dictamen en el incidente del pleyto, que mouiò el señor Don Luis de Haro, y que auisò à Madrid à diferentes personas, que el dia Miercoles 19. de Iulio de 1645. auia estado el señor Conde-Duque con entero juizio para poder dar el poder, y recibir los Santos sacramentos; y que especialmente lo escriviò assi al Padre Iuan Francisco de Gueuara en vna carta de zifra, que mostrò al testigo, que contestò con otra, que auia recibido de Don Bartolomè del Castillo, Secretario del señor Conde-Duque. Esto era lo que sentia, dezia, y escriuia Ripalda. Prosigue el testigo, q̃ sabe, q̃ el Padre Ripalda se valiò de la señora Condesa de Olivares, para que escriuiesse al señor Duque de Medina, que à la sazon se hallaua en Valencia, para que solicitasse con el Padre Garrafa, General de la Compañia de Iesvs, y tio del señor Principe de Astillano su hijo, vna patente, para poder viuir en Madrid sin embarazo de sus superiores, respeto de ser de otra Provincia; y el mismo testigo fue el que escriuiò al señor Duque lo que ha referido de ordẽ de la señora Condesa, que respodiò lo haria; pero que no tuvo efecto la intercession; de q̃ quedò con gran sentimiento Ripalda, y se le mostrò al mismo testigo, quexandose del señor Duque: *Hin mihi prima mali labes*, y desde este tiempo comẽçò Ripalda à maquinar contra el señor Duque, y sus intereses, à mi parecer, aunque lo manifest-

ma

mas descubiertamẽte despues de muerta la señor Condesa, y el segundo Marques de Mairena Don Gaspar, dize: que bolviò à Madrid el testigo por los fines de Março de 1648. quando ya estauan començados estos pleytos, y auiendo entendido, que ya estaua el Padre Ripalda de diferente opinion en orden a la entereza, y sanidad del juizio del señor Conde-Duque, le visitò, y reconvino con todo lo que en esta razon auia passado; *y el dicho Padre Ripalda le respondiò, que entonces auia hablado, y sentido como entonces; y que à la sazon obraua, como aora. Que la Theulugia tenia ensanchas, y opiniones para poderlo hazer.* Dize, que se lo afeò, y que muriò muy apriessa el dicho Padre Ripalda.

208 Y si esta circunstancia no fuere de reparo, no lo puede dexar de ser, lo que en conformidad de estas ensanchas de Theologia dize el testigo en el mismo numero. Que oyò dezir a Rodrigo Soto. Escriuano de su Magestad, que dicho Padre Ripalda despues de la muerte de la señora Condesa Duquesa, y del Marques de Mairena, auia intentado con el dicho Rodrigo Soto, formasse cierto instrumento perteneciente à estos negocios, anteponiendo la fecha. Rodrigo de Soto, Escriuano Real, vezino de la Villa de Madrid, està examinado, *num.* 1611. y despues de auer dicho, que se otorgò ante èl el testamento, y vn codicilo de la señora Condesa, en virtud del poder de Toro, y que entonces le defendia, y aprobava el Padre Ripalda, dize: que le embiò à llamar à su celda en el Colegio Imperial, y que fue a ver que le queria, juzgando que era para cosas tocantes a aquella disposicion; y le dixo dicho Padre Ripalda estando en su celda solos; que se auia de otorgar ante el testigo vna escritura que estaua ordenada de Abogado en papel del oño de 647. siendo esto por los principios del año de 1648. y el testigo le dixo, que la trasladaria en el papel del año presente; y no quiso el Padre Ripalda, por dezir que estaua en el de 47. que no se la mostrò, ni supo lo que contenia. No ay duda que el escribir, y otorgar instrumẽtos en papel de l sello de años antecedentes es falsedad; pues vna de las razones, porque se previno esta cautela, fue evitar las que se cometian con las antedatas, *l.* 44. *tit.* 25. *lib.* 4. *novissima Recopilat.* Cuiac. *en el Commentario a la nouella* 44. *refiere* vn Arresto del Parlamento Parisiẽse, en que se declarò vn instrumento falso, porque la data no correspondia à la nota del año del papel publico en que se otorgò, y en el Imperio Griego el papel de instrumentos tuvo para el *mismo* fin, sello, ò señal con nota *del año*, y nombre del presente Conde Sacrarum largitionum, con pena de falsario al Escriuano, que en otra carta hiziesse el instrumento publico; y este papel se llamò *Protocollum*, aunque oy tiene diferente significado, *d. Nouella* 44. *cap.* 2. vbi Cuiac. & Gotofred. Iulianus, Patricius Antecessor, *Nouella sibi*

bi 40. Briſon. *de verbis iuris, libr.* 14, *verbo Protocolum*, D. Couarrub. *in practicis, cap.* 19. *num.* 2. Aqui llegaron las enſanchas de la Teulugia, y opiniones del Padre Ripalda. Cõſidereſe el animo, con que llegaria à deponer, quien obraua con tan exquiſita, y aun ilicita diligencia.

209 Don Domingo de Omorejo y Carti, Mayordomo del Eſtado de los Gentiles-hombres de la Camara, que fue criado de la ſeñora Condeſa, y del ſeñor Duque de Medina de las Torres, *num.* 848. dize las ocaſiones, en que oyò al Padre Ripalda, q̃ ſu Excelencia auia diſpueſto de ſu conciencia, y hazienda, con ſano, y entero juizio; y en eſpecial dize, que acompañò deſde Loeches al Padre Ripalda, haſta Pamplona, donde eſtaua ſu Mageſtad; y el Padre Ripalda le diò dos memoriales, vno de ſu letra, y otro de la del teſtigo, y en voz repreſentò a ſu Mageſtad la injuſticia que ſe hazia a la dicha ſeñora Condeſa, y al credito del ſeñor Cõde Duque, en ſuponer auia eſtado ſin juizio, quando otorgò el poder para teſtar; y que deſpues le diò quexas del ſeñor Duque, por lo q̃ queda dicho de la patente, con que preſume, que por eſta cauſa mudò de dictamen; porque dize, que deſde entonces contraxo amiſtad cõ el ſeñor Marques de Leganes. Todos los demàs teſtigos, haſta el *numer.* 856. conteſtan en la mudança de dictamen, y cauſa que para ello huuo, circunſtancia mas, o menos. Pero no dexarè de poner el dicho de Don Alonſo Gomez de Mella, *num.* 1603. Eſte teſtigo eſtà tachado por el ſeñor Marques, depuſo en el juizio de tenuta, aunque no en el de la propriedad, por eſtar a la ſazon en Oran: tiene algo de ſingularidad en lo que dize; pero oponeſe tachado a tachado, como lo eſtà el Padre Ripalda; ſingular a ſingular, que tambien el Padre Ripalda lo es: excedele en auer ſido examinado citatà parte, & lite cõteſtata; que no lo fue el Padre Ripalda; y vltimamente, ſi el Padre Ripalda depuſo, y muriò debaxo de ſu depoſicion, ſiendo Religioſo: tambien Don Alonſo de Mella muriò el año paſſado de 1673. Religioſo profeſſo en la Cartuja de N.S. de Aniago, donde le hablè dos vezes, yendo a aquella Santa Caſa, ſiendo Miniſtro de la Chancilleria de Valladolid. Dize, pues, como ſiempre oyò al Padre Ripalda defender el valor del dicho poder, y la ſanidad del juizio del ſeñor Conde, quando le otorgò, y recibiò los Santos Sacramentos, haſta que muriò el ſegundo Marques de Mairena Don Gaſpar Felipez de Guzman, que le parece fue el año de 1648. que entonces, *auiendo el teſtigo ido a viſitar al Padre Ripalda, le preguntò al teſtigo, ſi le auian hablado de parte del ſeñor Marques de Leganes; y reſpondiendole el teſtigo, que à què propoſito le auian de hablar, le dixo: Señor Don Alonſo, deſde que Don Gaſparico Felipez muriò, ſe nos acabaron todas las obligaciones a los de aquella Caſa, y aora nos toca ſeguir la vandera de nueſtra conveniencia.* El ſeñor Mar-

ques de Leganes es primo hermano del Conde mi señor, el Duque de las Torres no es su pariente. Es el Cauallero mas desvalido que ay oy en España. El Marques de Leganes se halla en la voluntad de su Magestad, y en la del señor Don Luis de Haro, y con mas razon de heredar los Estados de su primo, que no el que no lo es. Mi señora se le antojò contra la sangre de su marido, dexarle a vn estraño sus Estados; pero yo entiendo que se remediarà. A que el testigo le replicò, como dezia aquello, y a què proposito? A que respondiò, que el señor Marques de Leganes tratava de que fuera nulo el poder, que el señor Conde auia dado a la señora Condesa, diziendo, que auia sido con falta de juizio del señor Conde; y que en buena Theologia, le parecia podia dezir qualquiera en este particular, atendiendo al parentesco, y obediencia, que el señor Marques auia tenido siempre al Conde: la qual no debia al Duque de las Torres, pues no hizo dexacion de los puestos quando se fue a Napoles, auiendole pedido su Excelencia la hiziesse. A que el testigo le replicò, que como auiendole dicho el mismo Padre Ripalda que su Excelencia estaua en su juizio quando hizo el poder, y con tantas circunstancias, le dezia aora cosa al contrario, y tan nueua? A que replicò: yo no digo en cōtra de lo que he dicho a V.m. sino advirtole lo que puede hazer en conciencia, y en su comodidad, pues el señor Marques de Leganes cuidarà de ellas, y yo le darè a conocer a V.m. por los de que tan finamente asistieron al Conde mi señor, y V.m. podrà dezir, si se ofreciere, en abono de lo que le preguntaren por el señor Marques de Leganes; y para que vea V.m. quan inutil es el Duque de las Torres, y quan poco harà por ninguno de nosotros, aunque se hallara en otra fortuna; yo le escriui pidiera a nuestro Preposito general, me diera licencia para estar en Madrid Conventual, y no lo hizo; y oy no solamente lo conseguirà el señor Marques de Leganes; pero quedarè en Madrid por orden de su Excelencia en la Suprema, &c. Y dize que oyò dezir, que dentro de seis, ò ocho dias como passò esta platica, avia muerto el Padre Ripalda. En mucho contesta este testigo con los antecedentes, en otras cosas de la conferencia, y motiuos de excitar este pleyto es singular. Pero cierto que parece impossible, que pudiesse componer las razones, que dize menos que oyendolas a vn sugeto de la viueza, y ciencia de Ripalda, si bien no bien vsada, ni aplicada.

210 Estas son las tachas que padece en hecho: veamos aora la falta que tiene su deposicion, conforme a derecho, que es tal, que quando fuera testigo idoneo, y mayor de toda excepcion, no pudiera hazer fee en juizio. Es cierto, q̃ assi el Padre Ripalda, como otros testigos de los q̃ se vale el señor Marques se examinarō lite pendēte, y despues de introducido en el Consejo el juizio de tenuta ante vn Teniente desta Villa de Madrid en 23. de Março de 1648. auiendo muerto el Marques de Mairena, vltimo posseedor, a 28. de Febrero del mismo año. Los otros testigos se ratificaron en la forma ordinaria en la ins-

instancia de tenuta; pero el Padre Ripalda, por auer muerto, no se ratificò; aunque se tratò de abonar, a cuyo abono se oponen las tachas referidas en los numeros antecedentes; con que queda su deposicion en terminos de dicho parte non citata, que no haze fee alguna; y por no se auer ratificado, es como sino huviera depuesto. La razon es; porque el derecho en tanto confia del testimonio de los testigos, en quanto estos confiando en su verdad, y en lo cierto de su testimonio, no huyen, ni reformidan la presencia de aquella parte contra quien han de deponer, y para esso se cita para ver jurar, y presentar los testigos. Que de otra suerte el testimonio se tiene por clandestino, y fraudulento, y de quiẽ desconfia el derecho para aueriguacion de la verdad, *l. Si quando* 19. *C. de testibus*, ibi: *Et alterutrà parte præsente, quæ eos introducit, testimonium eorum capere*. Sequitur de contumacia partis citandæ, *Authent. Sed si quis, C. eod. tit.* donde està la excepcion del contumaz, en cuya ausencia, hecha la citacion en los Estrados, vale la deposicion del testigo. Esta Autentica se sacò *de la nouella* 90. *de testibus, cap.* 2. que cita el gran Doctor de la Iglesia San Gregorio *in cap.* 2. *de testib.* de la qual concluye assi. *Ecce admonendus est semper adversarius, vt ad audiendos testes adveniat, quod quia hic omissum est, necesse est vt quod contra legem cautum est, non habeat firmitatem* Dixo el Santo Pontifice *ad audiendos testes*, siguiendo la disposicion legal antigua, y el vso de su tiempo; oy no se cita la parte para tanto, ni para mas, que para ver presentar, y jurar los testigos, introduciendose esta pratica por la mala inteligencia de la *l. Nullum* 14. *C. de testib.* y por no auer sabido los antiguos, que significa la voz *secretum*, en aquel texto vt communem opinionem sequuti, compeserunt, Osuald. *ad Donell. siuè ex Donello, lib.* 25. *cap. vltim. ex litt. Q.* Ritherusio *ad d. Nouella* 90. Dom. Præses Don Emanuel Gonçalez *in d. cap.* 2. *num.* 10. Y esta practica comun, y sentido que Azon, y Irnerio, y los mas antiguos dieron à las leyes Romanas, siguiò nuestra *l.* 23. *tit.* 16. *part.* 3. ibi: *E esta jura deue tomar el Iuzgador seyendo la parte delante contra quien son aduchos los testigos, faciendoselo antes saber, è señaladamente el dia, à que venga à ver como juran; pero si la parte despues, que assi fuesse combidada, fuesse rebelde, què non quisiesse venir, non deue por esso el juzgador dexar de tomar la jura de los testigos, y recibir los dichos de ellos.* Abstengome de otros testimonios, porque estos son claros.

211 Este essencial requisito, que no solo es legal (y esso bastarà) sino natural, se fundò, y explicò latamente por Bartulo *in d. l. Si quandò, & in d. Authent. Sed si quis* Paulo de Castro *in l. vltim. C. eod. tit.* y otros innumerables Clasicos, y Repetentes antiguos, que fuera prolixidad citarlos, Innocentio *in cap. cum in tua de testibus*, & ibi Abbas Panormitan. *num.* 14. & Ioannes

nes Andræas, *num.* 2. Felinus *in cap. præsentata, n.* 24. *eod. tit. de testib.* Franciscus Viuius *communium opinionum, lib.* 5. *tit.* 10. *de testib. conclus.* 414. Grammaticus *lib.* 1. *cons.* 15. *num.* 3. Nata *cons.* 394. *à numer.* 21. *volum.* 2. Puteo *decis.* 196. *lib.* 2. Gutierr. *cons.* 1. *num.* 45. Gonçalez. Tellez *in d. cap.* 2. *n.* 10. alijs laudatis, & Farinacius *de testibus, quæst.* 72. *n.* 133. y otros muchos dizen, que el examinado parte non citata (aunque sea examinado por el Iuez cõpetente, que de la causa conoce, que son mas fuertes terminos) es como sino fuera examinado, muriendo antes de ratificarse. Porque la *ley vltim. C. de testib.* que dize que el examinado ante el Iuez compromissario, ò en otro Iuizio, que muere antes de ratificarse en èl que se ventila, haze fee abonado; es porque no le faltò el requisito essencial de la citacion de la parte en aquel juizio, en que fue aducido, y presentado por testigo; porque si le faltara *nullius roboris esset eius depositio, d. cap.* 2. *de testib.* Farinac. *d. num.* 133. Fontanel. *decis.* 183. *n.* 11. Trentacinquius, *lib.* 2. *variar. tit. de testibus, resolut.* 9. *à num.* 9. Surdus *decis.* 103. *num.* 2. *& seqq.* Mastrill. *lib.* 2. *decis.* 105. *num.* 10. D. Paz *de tenuta, cap.* 32. *à num.* 9. *vsque ad* 24. Todo lo qual es doctrina textual, à que no pueden contrastar opiniones, ò errores de interpretes, que introduzen de su cabeça varias limitaciones, y ampliaciones, sin tener potestad, ni aun facultad para tanto, eam docent vltra citatos Antonius Gomez, 3. *tomo variar.* *cap.* 12. *num.* 20. vbi nouissimus Addit. alios adducit, quos non cito, Iacobus Simancas *de Catholicis instit. tit.* 62. Carena *de Officio Inquisitoris* 3. *part. tit.* 7. §. 5. Thomas del Bene, *eod. tract. part.* 2. *dub.* 198. *sect.* 11. D. Præses Gonçalez *d. num.* 10. quamvis *in fine, num.* 3. nõ firmiter, nec fidenter in contrarium videatur inclinare, Fontanella *decis.* 181. Guacinus, *de defensione reor. defens.* 24. *cap.* 9. *per totum*, Gonçalez *in regul.* 8. *Chancellar. glossa* 9. §. 1. *num.* 48. Serafin. *de priuileg. iuramenti, privilegio* 30. Narbona *in l.* 82. *tit.* 5. *lib.* 2. *Compilat. glossa* 3. & alij penè innumeri, apud Barbosam, Graña m, & Episcopum, Fermosinum *ad d. cap.* 2. Demos pues, què el señor Duque no huviera probado las tachas, que probò contra el Padre Ripalda; que su dicho no tuviera las oposiciones, y inverisimilitudes, que despues se ponderaràn; y que en lo mas que depone no fuesse singular; que Iuez docto, y instruido en derecho, en la de hazer caso de vna simple deposicion hecha ante Iuez incompetente, parte nõ citata, lite pendẽte; quã do todo esto se podia suplir, si se temiera su falta, ò ausencia, con presentarle en el juizio, y hazer que se citara la parte. Esta misma salida podia bastar, para despedirnos del dicho del Padre Fray Francisco de la Madre de Dios, Religioso Francisco Descalço, *num.* 498. *hasta* 501. Porque à examinado sin citacion de parte, no se respondió de vna Paulina, no solo ratificò; pero a la verdad no solo es de oidas, sino de oidas vagas, sin dar

dar Autor, aunque de la calificacion, que haze del Padre Ripalda, parece auer sido del vltimo dictamen que tuvo. Lo de notar es, que dà por Autores de la mejoria, y sanidad de juizio del señor Conde-Duque el dia del lucido intervalo à los Doctores, Maroja, y Medina.

212 Lleguemos ya à el dicho del Padre Ripalda. En el *num.* 381. dize, que fue Confessor de su Excelencia, desde que se retirò de esta Corte a Loeches, y de alli a Toro, y que le asistiò hasta que muriò. Que fue el primero que conociò su enfermedad, que fue Sabado por la mañana 15. de Iulio, y durò hasta el Sabado siguiente 22. del mismo mes, en que muriò. Y que reconociò dicha enfermedad, por el desconcierto que tenia en la cabeça; esto es ir aludiendo a la *phrenetis*, que iutroduxo el Doctor Maroja, examinado de antemano; y que no serà mucha temeridad pensar, auiendo estado en Madrid a la sazon, que huviesse sido confiriendo con el Padre Ripalda. Dize alfin, que reconociò la enfermedad por el desconcierto que tenia en la cabeça, por auer tratado con èl negocios de importancia, en que por las razones que dezia, echò de vèr que no hablaua a proposito. No se puede negar, que en aquella ocasion, en que començaua la enfermedad con el aparato que insinua el Padre Ripalda, y por desconcierto de la cabeça, no era oportunidad tratar entonces negocios de importancia, que indica la buena gana que tenia este testigo de hallar desde luego falta en el juizio de su Excelencia. Confiesso, que lo mas comun en la leyenda del processo es, que esta enfermedad començò Sabado por la mañana; pero tres testigos ay que la dàn principio Viernes antecedente por la tarde, *num.* 967. 973. *y* 991. y por mas especiales, se deben tener por mas noticiosos. Prosigue diziendo, que por esta razon ordenò, que viniesse luego el Medico, que vino, y ordenò, que aquella mañana dexasse el passeo del campo, y estuviesse retirado, sin salir a las visitas ordinarias de Caualleros, que hazia por la tarde. Que su Excelencia huviesse salido por la mañana a confessar a San Ildefonso, y de alli al campo, y que se bolviesse indispuesto, consta de los testigos, *num.* 971. 973 *y* 975. *y* 977. con que tambien parece, que depone con poca noticia en esta parte el Padre Ripalda, y mas confiadamente, en quanto concluye, que no auer querido recibir vn remedio, aunque todos instaron, y por las demonstraciones que hizo, conocieron todos, que estaua frenetico?

213 Prosigue su dicho en el *num.* 418. que desde el dia Sabado en la noche, hasta Miercoles 19. del dicho mes estuuo tan frenetico, y furioso, que no le pudieron hazer tomar comida, ni medicina alguna; y esto durò hasta el dicho dia Miercoles por la mañana, en la qual mostrò algun sossiego en la cama, y algun conocimiento de las personas que le asistian. Dize lo q̃

dixo Maroja, no pudiendo negar la verdad deste lucido intervalo; pero declarandola con gran diminucion. Tambien passò por alto el lucido intervalo del Martes, como el Doctor, siendo innegable, como constarà despues por las deposiciones de muchos testigos, que quedã apuntados *supr. num.* 190. Coligesse tambien desta omission, que no pudo ignorar el Padre Ripalda, que iba a los mismos passos que su compañero. Dize, que a cosa de las diez de la mañana comiò con algun reposo. (El Doctor Maroja dize, que a cosa de las onze,) y que por esta mejoria, que duraria tres horas, poco mas, ò menos, desde las siete hasta las diez de la mañana, que comiò (durò mas, y comiò mas tarde; pero todo lo disminuye el testigo, se tratò de que se diesse el Viatico, y otorgasse poder para testar. De maravillar es lo que aqui calla, y disimula, y de las restricciones de que vsa, que deben de ser las opiniones, que dixo al testigo D. Alonso Gomez de Mella. Lo primero, no dize que se tratò, de que confessasse, aviendo sido este tratado lo primero; y aviendole confessado el mismo testigo, y dado tantas, y tan repetidas gracias a Dios, de q̃ se huviesse confessado tambien, y casi generalmente, como queda probado de gran numero de testigos en la deposicion del Doctor Maroja. Tampoco dize, que fue èl el q̃ lo aconsejò en presencia de la señora Condesa, y de los Marqueses de Mairena, y otros, concurriendo los Medicos, que aun esto no lo negò el Doctor Maroja. Y passa en altissimo silencio todo lo que passò en el tiempo de otorgar el poder, y recibia el Viatico; con que en todo quanto trazò el Padre Ripalda, no hizo mas que huir el cuerpo a la dificultad, passando en silẽcio lo que hizo, lo que dixo, y lo que respondiò como hombre de juizio, para calificarle de frenetico, por solo su dictamen.

214 En el *num.* 444. passa de testigo a Iuez, ò por lo menos a perito en el arte; con que su deposicion no puede ser muy relevante. En Quintiliano se lee, que dezia Fabio Pictor, noble, y antiguo Historico, *felices futuras artes, si soli artifices de ijs iudicarent*. Pero aunque vulgar no es de omitir el lugar de Plinio el Mayor, *lib.* 35. *natur. histor. cap.* 10. qui his verbis historiolam contexuit. *Idem* (loquitur de Apelle) *perfecta opera proponebat in pergula transeuntibus, atque post ipsam tabulam latens vitia, quæ notarentur auscultabat, vulgum diligentiorem iudicem, quam se præferens; feruntque à sutore esse reprehensum, quod in crepidis vnà intùs pauciores fecisset ansas. Eodem postero die superbè ob emendationem pristinæ admonitionis cavillante circà crus, indignatum prospexisse, denuntiantem, ne suprà crepidam sutor iudicaret.* Los testigos que deponen del furor, ò frenesi del paciente, han de deponer, y tomar indicacion de hechos, y dichos desordenados, que no se compadezcã con la cordura, y juizio, que es la regla que nos dexò notada Bartulo *in sæpè citata, l.* 2. *num.* 3. *de bonor. poss. fu-*

furios. Pero por movimientos de animo, y passiones internas, no hã de formar su s deposiciones. Dize, pues, el Padre Ripalda, que no obstante esta mejoria, juzgò que el señor Conde Duque no llegò a cobrar el juizio necessario, para poder dar poder para testar, ni nombrar heredero. Y en esto excede mucho de su facultad, y es preciso que se entre en los terminos de la nuestra, que es mies agena; porque si le preguntassemos, que integridad de juizio se requiere para testar, es preciso se valga de los principios que dexamos fundado en el deste punto, que piden no vulgar conocimiento de Iurisprudencia; y assi no es impropio dezir, que aũque el Padre Ripalda jurò, que el señor Conde Duque no tenia bastante juizio para testar en el tiempo de la mejoria; su facultad no alcançaua, quanto, ò qual juizio se requiera. Dize, que ninguna persona pudo hazer este juizio como el testigo. No se ponga duda, que esta es gran confiança. Al señor Conde-Duque hablaron en aquella saçon Medicos, el Parroco, otros Sacerdotes, y Religiosos, muchos seglares Cortesanos, criados de su Excelencia, sin embargo dize, que ninguna persona pudo hazer este juizio, como el testigo. El Padre Ripalda fue quien le confessò; y escudriñandole la conciencia, pudo en lo razonado conocer la capacidad del señor Conde-Duque, por noticias mas internas, que otros; pero anos dicho lo que le passò en la confession; que se auia confessado muy à su satisfacion; y casi generalmente, aqui deste acto no nos dize nada, que era hablar en su oficio; y por otros quiere que le creamos, que ninguno pudo hazer juizio sino èl, del del señor Conde-Duque. Acuerdome de vn lugar de Aulo Gelio, *lib.* 1. *noct. Atticar, cap.*24. que en otra parte me sirviò para diuerso assumpto; pone vn epigrama de Nævio, Poeta antiguo, y dize assi. *Epigramma Nævij hoc est plenum supervia campana, quod testimonium iustum esse potuisset, nisi ab eo dictum esset.* La razon, que nos dà es; porque solo èl le hablò aquella mañana à solas en materias graues, y de importancia, que pedian entero juizio. En el testimonio de estas dos conferencias es singular, y ningun testigo ay, que diga se quedasse a solas con el señor Conde-Duque, sino es para cõfessarle. Prosigue, y aunque no puede dezir todo el desorden, que reconociò en esta ocasiõ, para hazer el juizio referido; le parece q̃ basta declarar, que auiendole preguntado, si tenia hecho algun testamento, le respõdiò, que no tenia hecho ninguno; siendo assi, que le tenia otorgado el año de 42. A esta pregunta impertinente, y de curiosidad tan fuera del oficio del Padre Ripalda, respondiò el señor Conde Duque lo q̃ deuia, como se fundò, *supra num.* Y assi quando de cortesia le creyessemos la pregunta, porque dize, que la hizo à solas, no puede conocer la desorden de la cabeça, por la respuesta. Dize tãbien otra cosa con la misma singu-

laridad que le pregũtò, si queria recibir el Viatico, y que su Excelencia respondiò, que porque no le auia de querer recibir; pues el dia antecedente, y los demàs le auia recibido; y arguye total carencia de memoria; porque dize, que el Lunes, ni el Martes no le recibiò, y que el Domingo antecedente era quando le auia recibido. Y quando fuesse asi, que lo respondiò, que nadie nos obliga creerlo; es cosa muy natural, que si se huviesse causado olvido, y transcurso de memoria los dias, que padeciò mas recio frenesi, y rapto, y que solo la conservasse del tiempo, en que no le padeciò tan recio Añade otra razon, en que contestò Maroja, que siendo de natural severo, y estando amenazado de peligro instante, se reia; y la repite en el *num.* 573. Tomando estas risas asi, como los dos testigos dizen sin proposito, y sin causa para ellas, no indican furor, ni frenesi, sino alguna pasion del alma, como se dixo sobre la deposicion de Maroja, y ni aun desta suerte valen para razon de lo que se deponen. Pero considerando la sazon en que se reia, y las personas con quien, los placemes que corriã en la casa por la mejoria no esperada de su Excelencia, lo que los que entrauan le dezian, y motiuos de alegria q̃ le dauã: biẽ naturales son, y biẽ distantes de sacar dellas indicio de frenesi: de forma que para fundar el juizio que del de el señor Conde Duque formò el Padre Ripalda, se vale de tres congeturas. La primera, que teniendole hecho, le dixo, que no tenia hecho testamento. La segunda, que no tuuo memoria, que el Lunes, y el Martes antecedente no auia recibido el Santisimo Sacramento: en estas dos es singular, y si se le dà credito es de gracia, y sin justicia. La tercera, que se reia avisado del peligro. Vease si este es juizio con fundamento, a que se deba deferir? Porque todos los Autores despues de Bartulo en el lugar citado, dizen, que han de ser los actos, que necessariamente concluyan furor, como està fundado: videndi Menoch. *lib.6.præsumpt.45.num.22* D.Couarr. *de matrimon.2.part.cap.2.num.*6. Menchaca *tom.1.de success. lib.2.§.13.requisito 7.num.*47. Petr. Roicius *decis. Lituanica 2.num.*78. *&* 79. Ripa *de actis in articul.mortis cap.21.num.*12. Caldas Pereir. *consil. 24.num.*25. D.Castill. 4.*tom.capit.* 28.*num.*26. Valasco *consult.*145.*num.* 18. Y el que de otra suerte juzga del furor, juzga sin fundamento, Farinac. 1 *part.fragmentor. crimin. verbo Furor, numer.*299. Mascard. *conclus.* 1049. *à num.*22. Cancer. 1.*tom. variar. cap.4.de testamentis, num.*138. Con que queda a el juizio de los señores Iuezes la estimacion que merece, por las razones que dà el Padre Ripalda, aun quando no fuera singular, y fuera su feè mas constante.

215 Lo que dize en el *numer.* 602. es muy natural, que en casa del señor Conde corriò voz publica, que no tenia hecho testamento, y que sino disponia, quedauan su hijo, y nuera desacomodados; y lo

lo mismo la señora Condesa; por lo qual los criados, y gente de casa se mostrauan compassivos, y deseosos, de que huviesse disposicion, y modo de testamento, con que sus amos se consolassen. Pero de esta compassion, y deseo no se puede sacar, que por verle cumplido, los criados se perjurarian, diziendo q̃ estaua sano de juizio, el que estuviesse frenetico. Ni que era cierto, y legal, lo q̃ fuesse falso. Pues aquel deseo era de compassion, y no de tan grãde interès, como el que era menester para obligarles a tal maldad.

216 Con estos preambulos tocantes al juizio del señor Conde Duque, entrò el Padre Ripalda à hazer su deposicion acerca del acto del otorgamiento del poder; y aunque en el §. *Quarto*, donde se tratò dèl, *y en este §. punto tercero*, donde se tratò de la legalidad del Escriuano, queda cõuencido su dicho, toda via aqui apuntaremos muy breuemente, en lo que se opone no solo a los demàs testigos, sino à su compañero Maroja. Dize pues *num.* 657. que auiendole preguntado al dicho señor Conde-Duque el Escriuano, que llegò para tratar de el otorgamiento del poder; quien queria fuesse su heredero? y a quiẽ queria dar poder para testar? No saliò del dicho señor Conde el nombrarle, hasta que el dicho Escriuano le nombrò a la dicha señora Cõdesa su muger; que entonces dixo que si; y lo mismo sucediò para nõbrar testamentarios; nombrandolos todos ellos por sus nombres, sin que el dicho señor Conde por si nombrasse à ninguno de ellos, ni à otro mas, que los que el Escriuano, y los circunstantes le iban proponiendo. Parece esta deposicion hecha apostadamente, para que los Abogados del señor Marques, que la tuvieron en todo por su norte, y pensarian abultarla con otras mas deposiciones contestes, pudiessen vsar de las dotrinas comunes de el testamento hecho ad interrogacionem por el testador moribundo; pero quedò tan desnuda de apoyo, como de verdad; pues ninguno otro ay que diga, que el acto passò assi; ni aun el Doctor Maroja, que aunque disminuyò, quanto pudo las respuestas del señor Conde-Duque, no pudo dexar de confessar, que al preguntarle à quien daua poder para testar, respondiò, à mi muger; y lo mismo quando tratò de nõbrar testamẽtarios, y que preguntandole donde queria enterrarse? respõdiò en mi Conuento de Loeches. No quiero repetir lo que tengo dicho; pero no puedo dexar de ponderar, quanto se extraviò este testigo de todos en el acto mas puntual, que tiene este pleyto; para que se vea quanta cõueniencia tiene con la verdad lo q̃ dixo D. Alonso de Mella, y otros, que para quitar los Estados al señor Duque de Medina de las Torres, y darselos al señor Marques de Leganès tenia ensanchas, y opiniones la Teologia del Padre Ripalda.

217 Dize tambien otra singularidad, *num.* 708. que algunos de

los testigos, que han dicho en la informacion sobre la validacion del poder de Toro, han estado, y estàn con escrupulo de lo que entonces depusieron, y con deseo de hallar modo para descargar su conciencia sin riesgo; y lo sabe, porque algunos de ellos se lo han comunicado. Assi lo dize el Padre Ripalda; pero ningun testigo examinado en plenario, ni ratificado, ha mostrado tal escrupulo; ni por modo de conuersacion, ò de desahogarse con otro, ha manifestado, ni aun indicado tal cosa, ni se hallarà indicio de ello en el memorial. Con que es deposicion singular, incierta, y vaga de ningun fundamento.

218 Pero mas singularidades, y mas descubierto afecto contiene *el num.* 718. Dize, que luego que muriò el señor Conde, para ocurrir à la dificultad, que se podria ofrecer sobre el valor del dicho poder, à pedimiento de la señora Códesa, que quedaua por heredera, se hizo informacion en la Ciudad de Toro, para averiguar estava en su juizio dicho señor Conde, quando le otorgò; y esto se hizo con todo cuidado, y prevencion, para empeñar à los criados de importancia, para que despues no dixessen lo contrario. Este dicho contiene dos partes: La primera el hecho, que no se niega: La segunda, el fin. En quanto à esta segunda es singular; porque no se prueba, q̃ esse fuesse el fin; pero si en esto ay alguna culpa, quien la tiene? El Padre Ripalda, que fue el motor, y arquitecto de esta cautela; en cuyo aposento se hizo la informacion, y trayendo el mismo los testigos. Grande animosidad es menester para hallar, y arguir fraude en aquello mismo, que èl cometiò. Ya queda reparado esto en este mismo §. y no lo repetirè; pero no se puede dexar de exclamar con el Poeta: *Exclamat Melicierta frontem perijsse de rebus.* Prosigue, que la señora Condesa escrupulosa del caso, escriviò al dicho Escriuano vn papel, para que no acabasse la dicha informacion; aunque llegò tarde. Dize que estaua escrupulosa del caso, q̃ es termino ambiguo, y el verdadero sentido es, que señora de tã gran juizio le haria, que la que la auia aconsejado el Padre Ripalda, era diligencia cautelosa, y expuesta à murmuraciõ, y ocasiõ de q̃ naciesse rumor contrario a la sinceridad, y verdad con que aquel acto auia passado; con que no fue mucho, q̃ mejor informada mandasse cessar aquello, en que sin deliberacion auia entrado. Dize despues, q̃ procurò recoger la informacion, y que en presencia del testigo hizo al Escriuano en Loeches muchas instancias, para que entregasse la informacion; y que embiò por ella à Toro, primero a su Capellan Don Diego de Araque, despues al Marques de Mairena D. Enrique: en q̃ la señora Condesa pidiesse, ò instasse al Escriuano que entregasse la informacion, es el Padre Ripalda testigo singular, que ninguno otro lo dize; aunque de la partida a Toro de los dos, ay muchos testigos,

gos, y otras congeturas, que con mas ingenio q̃ fundamẽto, esfuerçan los Abogados del señor Marques, conque no ay probança deste hecho. Porq̃ lo q̃ queda dicho arriba, *n.* 171. que D. Diego de Rubalzaual fue à Toro a traer el poder para testar original, y la informacion, ò quemarlos en su presencia; no concluye que fue orden de la señora Condesa, sino de los pariẽtes que se juntaron en su posada estando enferma. Fundamos, que quando la huviesse, el Escriuano nò la debiò entregar, sin faltar a la obligacien de su oficio, y a su legalidad: y todo esto es tan extrinseco a la materia que se trata; que para atar lo con ella, huuo menester cõcluir el Padre Ripalda todo lo que es menester para el intento contrario: que hazia todo esto la señora Condesa, para que valiesse el testamento del año de 1642. Cosa absurda, pues para esso, cõ auerlo mãdado asi en el testamento, que hacia como heredera de su marido, y disponer en essa forma, como poder habiente, se conseguia lo mismo sin medios tan violentos, ni irregulares, como se dixo, *dict. num.* 171.

219 Vltimamente concluye con vna mayor singularidad de mas arte, y aun de mas impostura, sino se le huviera mirado a las manos por el Consejo en el juizio de tenuta, y desestimadose, como la invencion pedia. Que sabe el testigo (*dize num.* 718. *ya citado*) que con deseo de que valiesse el testamento del año de 1642. y con el escrupulo referido de la otra disposicion de Toro, puso en vn codicilo que otorgò al tiempo de su muerte vna clausula, enque declara el dicho testamento del año de 1642. que auia hallado entre los papeles del dicho señor Conde su marido; y mandò se lleuasse al Consejo, para que por su orden se abriesse, por las dudas legitimas que podia auer *del valor del poder otorgado en Toro.* Y que demas de esto diò licencia al testigo, para que declarasse su sentimiento, sobre que el dicho señor Conde no estaua en su entero juizio, quando se puso el otorgamiento del dicho poder de Toro. Esto creian los Abogados de Madrid, ò hazian como que lo creian, quando fundaron, y forjaron toda su justicia en la deposicion del Padre Ripalda, como si ella fuera la que solamente, y sin otro apoyo auia de determinar tan gran controuersia; pero desengañòles el sucesso; con todo esso no se dà por desengañada la informacion de Granada; antes bien poniendo todas estas singularidades, por proposiciones de hecho constante, discurren, como si de los autos no se sacasse otra verdad; y no estuviesse manifiesto lo inzierto desta deposicion. No me parece repetir aqui lo que acerca desta clausula, de su inteligencia, y intencion puse *supr*, §. 4. *ex numer.* 77. *vsque ad* 85. donde quedò bien desvanecida; porque para este lugar basta dezir, que en todo este contenido es singular el Padre Ripalda.

220 Y para que nos despidamos

mos dèl, cō él epilogo con que nos despedimos de su compañero. el Doctor Maroja, *supr. num.* 205. recontarémos con breuedad las tachas, y defectos que padece. Lo primero es testigo examinado parte nō citata, que aunque se abonara, y no padeciera tacha ninguna, no haze mas fee que sino huviera sido examinado. Lo segundo, aconsejò, que estaua en estado el Miercoles 15. de Iulio el señor Conde Duque para disponer de su alma, y hazienda. Lo tercero le confessò, publicando que auia sido tan a su satisfacion, que casi se auia cōfessado generalmente. Lo quarto, para mayor cautela, y seguridad de lo obrado, persuadiò, que se hiziesse vna informacion en Toro, vn dia despues de su muerte, de como su Excelencia estaua con entero juizio, quando otorgò el poder. Lo quinto, publicò esto mismo en muchissimas ocasiones despues, y à muchos testigos de todos estados. Lo sexto, fue a Pamplona a defenderlo delante de su Magestad contra las pretensiones del señor Don Luis de Haro, que fundaua en el abintestato del señor Conde Duque. Y toda esta perseverancia diò al travès por sentimientos con el señor Duque de Medina de las Torres, que pudo executar, instruido de la minuta, ò borrador del testamento del año de quarenta y dos, que no debia auer llegado a su mano, juzgando que en èl estaua llamada la Casa de Leganes primero que la de Medina. Lo septimo, es testigo singular en lo mas que depone; y en el juizio que haze de los hechos que supone, ò mueue de fundamentos ligeros, ò falta en los principios del arte, sobre que quiere deponer, sin auerla professado. A estos dos testigos, y de esta calidad se reduce la probança del furor que ha hecho el señor Marques de Leganes.

221 Veamos; que probança se requiere en derecho del furor de vn testador, para contrastar vn testamēto otorgado ante Escriuano fiel, y legal, y cō la solemnidad requisita? Dexamos dicho en el *num.* 183. que la calidad *sanæ mentis* es natural al hombre, que tal se presume, como deuiò ser, y que esta es presumpcion iuris, con que siendo natural, vendrà à ser presumpcion de derecho natural. Tambien es cierto, que aquel à quien assiste presumpcion de derecho, està relevado de la carga de probar y que la passa en el contrario. Enseñan esta dotrina assentadamente todos los antiguos, y con ellos el Cardenal Mantica, *de coniecturis, lib.* 12. *titul.* 17. *numer.* 11. Menochio *lib.* 6. *præsumpcion* 69. *numer.* 4. Mascardo *de probat. conclus.* 1200. *à numer.* 65. Pacianus *lib.* 1. *eiusdem tractat. cap.* 8. *per totum* Ioannes Garcia *de nobilitat. glossa* 8. *in principio, à num.* 7. Matienço *in leg.* 1. *glossa* 21. *numer.* 10. *titul.* 10. *lib.* 5. *Compilat.* Gutierr. *lib.* 3. *practic. quæst.* 19. *à numer.* 9. Dom. Castillo *de tertijs, cap.* 7. *num.* 7. *& duobus sequentibus, & cap.* 13. Dom. Amaya *in leg.* 1. *Cod. de iure fisci, à numer.* 36. Con que solo con exhibir en jui-

juizio vn testamento otorgado en publica forma, y por Escriuano Publico, fiel, y legal, quien le exhibe, funda su intencion; y quien le arguye por vicio de furor, le ha de probar plenamente, concluyentemente, cōcluyentissimamente, q̄ son los terminos con que los Doctores se explican; Simon de Præt is *de interpretat. vltimarum voluntat. lib. 2. interpret. 1. dubitat. 1. solut. 4. numer.* 13. Menochio, *lib. 6. præsumpt.* 45. *ex numer.* 22. *& consil.* 683. *num.* 1. Tiber. Decianus, *lib.* 3. *cons.* 127. *numer.* 29. *& lib.* 4. *cons.* 51. *num.* 33. Cæsar Argelus *de adquirend possession. ex leg. vltim. Cod. de edicto D. Adriani*, *Toll. quæst.* 3. *articul.* 1. *numer.* 56. Farinacius 1. *part. fragmentor. criminal. verbo Furor, num.* 230. *& decis.* 384. 1. *part. recentior. numer.* 3. Antonius Gomez *in leg.* 3. *Taur. numer.* 7. *&*. 8. Vazquez Menchaca, 2. *tomo, de sucession. progressu, lib.* 1. *§.* 1. *numer.* 60. Caldas Pereyra *cons.* 24. *numero* 2. *&* 24. Dom. Castillo *libro* 4. *controvers. cap.* 28. *ex numero* 20. à quibus plurimi referuntur. Conclusion tenida por tan cierta, q̄ no se halla Autor, que la contradiga. A este poder para testar ha opuesto el señor Marques de Leganès dos testigos de las singularidades, contradiciones, tachas, y defectos, que se han ponderado. Luego quando el señor Duque de Medina de las Torres, ni en el juizio de tenuta, ni en el de propriedad huviera hecho probança alguna de la sanidad de juizio del señor Conde-Duque, al tiempo que otorgò el poder para testar, deuiera obtener, por sola la presumpcion, que le assiste, y por euidente defecto de probança del señor Marques de Leganès. No me valgo aqui del gran derecho de posseedor tenutario, porque le reservo para el vltimo §. desta alegacion, donde se harà mas ponderacion de el, y de la autoridad que diò à este instrumento la sentencia del Consejo.

222 Con todo esso vendremos bien, en que se cotegen las probanças de vna, y otra parte; porque como se ha dicho con Tertuliano, la verdad està segura, y no reusa salir à èl descubierto. Los testigos son muchos, y referirlos todos, fuera muy gran proligidad: Epilogarè las deposiciones de los mas graues, mas autorizados, y de màs recomendacion por su Estado, comprehendiendo todo el tiempo, desde poco despues de amanecer el Miercoles 17. de Iulio de 1645. hasta que comiò, y se recogiò el señor Conde-Duque que fue quando fue hallado con letargo. Porque todo cōduce; pues aunque la primera accion que hizo fue otorgar el poder para testar; es cierto, que en aquel dilucido intervalo no le assaltò nuevo accidente de furor, ò frenesi, sino que estuvo en la misma quietud, como reconocieron, y depusieron el Doctor Maroja, y el Padre Ripalda, cuyos dichos se han referido.

223 El primer tiempo es del

amanecer el dicho dia; en este dizen el Doctor Frācisco de Medina, *num.* 995. que a cosa de las quatro de la mañana, poco mas, ò menos tomò el testigo vna bugia en la mano, y arrimandose a la cama del señor Conde Duque, le viò con los ojos, abiertos, cosa que en lo antecedente no auia observado, fuera del tiempo de la intermission del Martes en la tarde; y viendo que su Excelencia le miraua con advertencia, se estuvo quieto, y a poco tiempo el señor Conde le preguntò, *que haze acà?* A que le respondiò, que estaua assistiendo a su Excelencia y se la explicò, y los Medicos, con que le assistia; que le preguntò su Excelencia, si el quarto de la Cōdesa estaua abierto? y que respondiendole que si, le mandò que entrasse, y la dixesse, como estaua, refiere por menor lo demàs que a cerca de esto passò, y por ello concluye, que en esta sazon estaua el señor Conde en su sano juizio, por no auer visto en su Excelēcia señal de deprauacion en las potēcias superiores, ni yerro en ellas, quoad modum, ni quoad obiectum, ni quoad tempus; que son los tres generos de delirios, que la Medicina conoce, y los enfermos suelen padecer. Dize, que el testigo mandò llamar al Doctor Maroja, y al Doctor Lazaro de Fuente; adviertan vuesasmercedes que les he mandado llamar tan de mañana (que serian las cinco y media, poco mas, ò menos) para que vean al señor Conde en juizio, y entrando los dos Medicos hallarō ser verdad lo q̄ el testigo los auia dicho, y retirādose a hazer jūta todos tres sacarō de ella, que la primera diligencia que su Excelencia dispusiesse. Que se retirò, por auerse quedado aquella, y otras noches cuidando de su Excelencia, y que bolviò a las diez, y que los dos Medicos le dixeron se auia executado todo muy a satisfacion, y lo mismo el Padre Ripalda con mas encarecimiento. Que entrò a ver al señor Conde Duque a las diez, y le hallò con la misma buena disposicion de juizio, con que le dexò. En el *numero siguiente* se ratifica, y repreguntado dà razones Medicas de su deposicion, como perito en el arte. Todos los demàs testigos que se examinan desde el *num.* 1024. *hasta el numer.* 1055. son de oidas al Doctor Medina, porque no se hallaron presentes a este tiempo. El Doctor Lazaro de la Fuente, *num.* 997. no haze mencion de la conferencia que tuuo con el Doctor Medina, porque no se articulò; antes dize, que lo articulado no passò en su presencia; y llegando a la conclusion de sanidad de juizio, dize, que como entre seis y siete le tomò el pulso, y que tenia tan poca calentura, que era dificultoso el conocersela; y le hallò tan en juizio, como sino huviera tenido enfermedad, ni delirio; y que le estuuo assistiendo mas de quatro horas, y le viò muy cabal de su talento, hablando con èl, y con otros, respondiendo a todo muy a propo-

si-

ſito; deforma, que de lo que razonò no pudo colegir, ni conocer, que dexaſſe de eſtar muy en ſu juizio. Aora opongamos eſtos dos teſtigos Medicos aſsiſtẽtes a ſu Excelencia cõ los dos del ſeñor Marques de Leganes, y verèmos quantas ventajas les hazen en la ſeguridad, en la conteſtacion, y en la verdadera cauſa que dàn de ſu mejoria. Paſſo a Artus de Roy ſin referirle, porque en el *numero* 1000. concluye indeciſamente, que lo que depuſo, como auia ya tanto tiempo que auia ſucedido, no ſe acordaua ſi lo oyò al ſeñor Conde Duque, ò al Doctor Medina, ò a algun compañero. Domingo de Miera Zeuallos, *numero* 1001. ſolo diferencia en la hora, diziendo de la mejoria, y ſanidad de juizio a las ſeis, y que en eſte tiempo hablò con el teſtigo, y con ſus compañeros, que deſpues entrò el *Doctor* Medina, y no oyò lo que paſsò con èl, por auerſe ſalido a deſcanſar. No es de gran reparo, que no tuvieſſe muy puntual memoria de la hora. Doña Geronima de Mendoza, *numero* 1003. ſe hallò preſente a todo lo que paſsò con el Doctor Medina, dize que fue entre cinco y ſeis de la mañana. Doña Catalina de Oliuares, *numer.* 1004. dize lo miſmo, y que paſsò como a las cinco de la mañana. Don Bartolomè del Caſtillo, *numero* 1008. depone del tiempo en que ya eſtaua la ſeñora Condeſa con ſu marido, dize que ſeria como a las ſiete, poco mas, ò menos, que le hallò cõ gran quietud, y entero juizio; porque todas las razones eran concertadas, y hablauan de ſu mejoria, tratando a los criados, como ſolia: aqui ſe quiere cauilar, que a Don Ioſeph de Inſunza ſu paje, que entrò con vn perdigon, le dixo, què ay Burrifay? auiendole dicho la ſeñora Condeſa: Conde, Iuſepillo le trae eſte perdigon. Pero el miſmo teſtigo dize, que eſte nombre era con el que le ſolia llamar; en que no hallo reparo, ni impropriedad alguna. Concluye, que los criados andauan contentiſsimos de la mejoria. Pedro de Vmaña, *num.* 1012. que ſintiò ruido como a las cinco de la mañana, y ſe llegò a la puerta del apoſento à ver que era, y oyò lo que dixo al Doctor Medina Don Diego Llamazares, *numero* 1020, Que aſsiſtiò a ſu Excelencia la noche del Martes, que amaneciò el dicho dia Miercoles en oficio de mucha caridad, que por la decencia no ſe refiere, dize, que a las quatro de la mañana, que las contò del relox de San Ildefonſo, eſtando con la rodilla en el ſuelo a ſu cabeçera ſolo, porque los que le acompañauan ſe auian ido, mediante vna grande evacuacion que tuvo, fue ſervido N. Señor de aliviarle; y que ſacò el braço derecho el ſeñor Conde Duque, y abriò el ojo izquierdo, y riendoſe, teniendo el otro cerrado, començò a hazerle coſquillas al teſtigo, *como lo acoſtumbraua eſtando bueno*; y el teſtigo le dixo: Eſſo ſi, ſeñor, abra V. Exc. el otro ojo por amor de mi;

y entonces le respondiò: Si harè hijo, que eres criado de buena ley; y le abriò, y le apretò las manos, y dixo: Bendita sea la Misericordia de Dios, que tan gran dia me ha dado! Que reconociò estar en su entero juizio. Dize todo lo que passò, y que fue a llamar a la señora Condesa, y que a la buelta, que seria como a las cinco, hallò en el aposento del señor Conde al Doctor Medina. Refiere por auerse hallado presente, lo que passò con èl. En este dicho se nota en la informacion de Granada, que el hazer cosquillas al criado, y el tener vn ojo cerrado, mas es accion frenetica, ò insensata, que demonstratiua de juizio; pero en quanto a la acciõ de la mano, el mismo testigo dize, que la solia hazer estando bueno; señal en grandes señores de agrado. Y en quanto al no tener abiertos los ojos, tambien fue reparo del Doctor Medina, q̃ en toda la enfermedad no se los auia visto abiertos sino entonces, y en el lucido intervalo del Martes, a que aludiria el testigo viendole con el vn ojo abierto, a rogarle a que abriesse el otro, para reconocer la mejoria. Simon Rodriguez de Vbierna, *numero* 1022. dize de poco despues de las quatro de la mañana, que hablò con su Excelencia, y le oyò hablar, y reconociò que estaua con entero, y cabal juizio; y que viendole tan quieto, le dixo: Bendito sea Nuestro Señor, que nos ha querido dar tan buen dia, como vèr a V. Exc. tan bueno! y que respondiò: Bendita sea su Divina Magestad por siempre jamàs. De que se fue muy contento a su posada, y bolviò dentro de media hora, en el qual espacio de tiempo passò el razonamiento con el Doctor Medina, que oyò referir a sus compañeros. Esta es la probança del primer tiempo del Miercoles.

224 Segun este supuesto se articulò *en la 7. pregunta, fol.* 283. *del memorial*, la junta que hizieron los tres Medicos, y el Padre Ripalda, para que su Excelencia dispusiesse de su alma, y hazienda, y como cõuinieron todos, q̃ se hiziesse assi, dizen la los testigos desde *el num* 1098. *hasta* 1134. Si bien algunos incluyen mas tiempos, que despues se referiràn. En esta pregunta ay vna equivocacion insubstancial; y es, que huvo dos juntas: La primera, que refiere el Doctor Medina, *supra num. antecedenti*, en que se hallaron todos tres Medicos: La otra de los Doctores, Lazaro de la Fuente, y Maroja, en que se hallò Ripalda, y no se hallò el Doctor Medina, por auerse ido a recoger a su casa; pero en ambas a dos se acordò lo que se articula: y assi todos quatro vinieron en ello. Con que en la substancia se salva la verdad de la pregunta, y deposiciones; y se concuerda lo que mas indiuidualmente depusieron Medina, y Fuente. Fuera de que esto no lo niegan, ni Maroja, ni Ripalda.

225 En la octava pregũta, *fol.* 283. se articulò el acto de otorgar

gir el poder con todas sus circunstancias, y sobre ella se examinaron sesenta y quatro testigos, que aunque no deponen todos de vnas mismas noticias, pero concluyen a la sanidad de juizio del señor Conde Duque, quando le otorgò. Muchos de ellos se refirieron *en el punto 3. de este §.* quando se tratò de la legalidad del Escriuano, y formalidad del poder, diziẽdo lo que respondiò su Excelencia a los auisos (que no eran preguntas sugestiuas) de Bernardino de Benauides, y quãdo dixo la causa, porq̃ no podia hazer testamento, y daua el poder a la señora Condesa, con quien lo tenia comunicado, muchos se refirieron tambien en la refutacion del Doctor Maroja, *en este mismo punto*, para fundar el juizio que le auian oido auer hecho antecedentemente à su deposicion, y para excluir la coartada, que intentò deponer, de q̃ no auia dado orden el señor Conde, para q̃ se llamasse à Benavides; y en la del Padre Ripalda, assi en lo que dixò, y sintiò siempre de la disposicion de su Excelencia, como en la parte que tuvo en que se hiziesse la informacion de Toro; y aunque lleuo intento de alargarme en la relacion de las deposiciones de los testigos, mas que en los puntos de derecho; porque estos son claros, y comunes, no me parece, que se permite repetir, y inculcar vna cosa dos vezes. Por lo qual sin tocar lo referido, solo harè aqui resumpta de algunos testigos, los que deuen a mi parecer ser entresacados; pero juntarè este tiempo; con el de recibir el Viatico, porque distò poco, y porque se juntan muchos testigos en esta pregunta.

226 Las deposiciones de dos testigos instrumentales del poder, que son el Licenciado Pedro Martinez, Presbytero, Capellan de el Marques de Mairena, *num.* 1141. y Don Luis de Alcaçar, Cauallero del Abito de Santiago, hechas en la informacion de Toro, no son propriamente deposiciones, por auerse hecho parte non citata, *cap.* 2. *de testibus*, como diximos contra la del Padre Ripalda. Pero por lo menos no impugnan la verdad del hecho, y buen juizio del señor Conde-Duque, quando diò el poder, y se reducẽ à los terminos, que quedan dichos *supra* §. 4. de los testigos instrumentales, que reconocen sus firmas, y sellos en la apertura de vn testamento cerrado. Don Bartolomè del Castillo, Secretario que fue de su Excelencia, dize de tres tiempos, de otorgar el poder, y vna donacion de vna tabla franca, à vn hijo de Iuan Vicente, y de recibir el Viatico. Dize, que fue quien puso en vna cartera el poder escrito al señor Conde-Duque, para que le firmasse, y que no le pudo firmar, por estar el braço apretado, y la grauedad de la enfermedad, y que es Escriuano, dixo, que no importaua, *num.* 1145. *y siguientes.* Don Bernardo Ramirez, Capellan, que a la sazon era de su Excelencia, y quando depuso lo era del señor Don Luis de Haro, no depone del tiempo del

poder, ſino del de la donacion de la tabla franca; y de quando recibiò el Viatico, concluyendo la ſanidad de juizio en toda forma, *n.* 1148. Don Diego de Araque, Capellan que fue del ſeñor Conde-Duque *num.* 1165. y el Doctor Lazaro de la Fuente, *num.* 1178. ſon inſtrumentales del poder, dizen plenamente, y no ſe reſumen aqui por auerſe ya referido ſus dichos. Don Ioſeph de Inſunça, *num.* 1167. examinado en ſumario; dize, no ſe hallò al otorgamiento del poder, ſino al nombramiento de vna tabla franca que ſu Excelencia hizo deſpues en vn hijo de Iuan Vicente: y continuadamente a verle recibir el Viatico, dize, que eſtaua muy en ſu juizio, y que le recibiò con mucha devocion; deſpues ratificado en el juizio, y inſtancia de tenuta, añade, q̃ tomò en la mano la pluma para firmar dicho poder y empeçò a hazer ſu firma; y viendo el dicho Bernardino de Benavides, proſigue, que no podia firmar por la gravedad de ſu enfermedad, le dixo, que no importaua, y con eſto dexò de firmar el poder, a cuyo otorgamiento ſe hallò preſente el teſtigo. Ratificado vltimamente en el juizio de propriedad, reconoce todo lo que auia depueſto en tenuta, excepto, que no ſe acuerda formalmente de las palabras, que paſſaron al tiempo del otorgamiento del poder, ſi dixo, aſsi lo otorgo, ò no; pero que le viò tomar la pluma en la mano para firmar, y que no pudo por la grauedad de la enfermedad; y deſto infiere, y tiene por cierto, que dixo la palabra, aſsi lo otorgo. Quiereſe dezir, que eſte teſtigo es vario, y cõtrario aſsimiſmo; porque en el dicho en ſumario dixo, que no ſe auia hallado al otorgamiento del poder; y en los que hizo en ambos juizios, dize ſe hallò a èl. No quiero aqui gaſtar el tiempo en las doctrinas que dizen de dos depoſiciones contrarias, a qual ſe ha de eſtar? Porque no me parece que es meneſter. Pues aqui con diſtinguir el tiempo de la ordenacion del poder, y quando le tomò en mẽbrete el Eſcriuano en la miſma pieça, donde ſu Excelencia eſtaua enfermo; y el ſegundo tiempo, en que ſu oficial, dictandole Benavides, le puſo en limpio, y entrò con el Eſcriuano para firmarle; no queda opoſicion ninguna. Pues ſeria lo cierto, y es veriſimil, que Don Ioſeph juzgaſſe en la primera depoſicion, que el tiempo de la ordenata del poder, era el del otorgamiẽto; por lo qual dixo, que no ſe auia hallado à èl: deſpues diſtinguiendo vna accion de otra, dixo ſe auia hallado preſente a vèrle otorgar en la forma que dize, y a lo que paſsò de la firma. El Licenciado Tomàs de Manſilla, depone de el ſegundo tiempo, en que adminiſtrò a el ſeñor Conde Duque el Santiſſimo Sacramento por Viatico, y como reconociò eſtar en perfecto juizio, *num.* 1181.

227 El Padre Fray Iuan de Ieſus Maria, Difinidor de la Orden de los Carmelitas Deſcalços, teſtigo preſentado, y examinado por am-

ambas partes, *num.* 1259. dize de el tiempo de recibir el Viatico, que le recibiò en su presencia; y que auiendole hecho el Ministro que le traia, todas las preguntas que se acostumbran en aquel acto, respõdiò à todas con acierto, y puntualidad; y reparò tambien el testigo, que dixo verbalmente el Credo, y la Confession, haziendo puntos, donde se auian de hazer, y con afecto, y ternura. El Padre Fray Francisco de Insunza, Religioso de la Orden de Santo Domingo, *num.* 1264. dize lo mismo del mismo tiempo: y añade, que dixo el Credo, y la Confession en Latin. El Padre Fray Iuan de Santo Thoma, Religioso de la misma Religion, testigo examinado por ambas partes, *num.* 1274. dize solamẽte de oidas, contestando en ellas con los antecedentes, y citando en comun los criados de la casa. Poco tiene en que reparar esta deposicion; pero mencionasse por su formalidad, para que se lea con la que hizo por el señor Marques de Leganes. El Padre Fray Iuan Bautista Balda, *num.* 1279. que fue acompañando al Santissimo, quando su Excelencia le recibiò; dize lo mismo, concluyendo en este acto a el sano, y entero juizio de su Excelẽcia. El Padre Fr. Bartolomè Diaz, de la misma Orden, Lector de el Conuento de Tabara, se hallò aunque apartado, al tiempo de otorgar el poder, y sabe que le otorgò; y aunque no oyò las razones, por estar algo apartado, *lo supo de las muchas personas, y Religiosos que estuuieron dentro.* (Notense estas palabras, para lo que la informacion de Granada encarece, y repite tantas vezes, fundada en vn Barbero que lo dixo, que se auia cerrado la puerta de la pieça de su Excelencia, y se auia otorgado el poder a solas con los testigos instrumentales;) prosigue que fue assi muy publico en aquella ocasion. En el *num.* 1284. *y en el siguiente*, dize muy llenamente de la sanidad del juizio de el señor Conde Duque al tiempo de recibir el Viatico; y en el que se sigue, dize el tiempo en que saliò Benavides de la pieça del señor Conde Duque a la de afuera, donde estaua vn oficial, que traia vn papel en la mano, y que despues se pusieron a escriuir, y bolviò a entrar: que es el auer tomado el Escriuano en membrete la ordenata del poder, y despues salir a la pieça de fuera a ponerle en limpio, para que se otorgasse, y firmasse. Pero es muy de ponderar el dicho del Pàdre Fray Pedro Rodriguez, *num.* 1301. Prior del Conuẽto de Zamora, y Vicario Provincial de la Provincia de España, Orden de Predicadores, que en parte queda ya referido: no dize del tiẽpo de otorgar el poder; pero dize de la platica que tuuo con su Excelencia, antes de recibir el Viatico; y de este tiempo tan exactamente, y tantas circunstancias, que es vna de las deposiciones mas notables, y mas digna de leerse de esta probança. Fray Alonso de Salamanca,

ca, Lector de Theologia de Logroño, *num*.1303. dize de la asistēcia à vèr recibir a su Excelencia el Viatico, y de lo que en este tiempo passò. lo mismo que los demàs, contestando en aver pedido el señor Conde la Extremavncion, con la advertencia que hizo el Prior del Carmen Descalço, que se hallava presente. Este testigo imputa a gran Misericordia de *Dios*, el que huviesse recobrado el juizio, para mirar por su alma, y disponer de su hazienda el señor Conde Duque. Y Don Miguel de Vlloa, Cavallero del Abito de Santiago, a milagro de vna Santa Imagen de N.S. con advocacion de la Soledad, que se venera en la Ciudad de Toro, *nu*.1309. El Doct. Maroja, y los Medicos lo imputaron a causa natural. No contradize vno a otro, ni es incompossible, porque la Divina prouidencia, y misericordia que vsa en ella con nosotros, attingit à fine vsqne ad finem fortiter, & disponit omnia suaviter. La informacion de Granada no habla con mucha reverencia de estos milagros, ni de estos Religiosos; pero yo no pienso, que tengo necessidad de responder.

228 Simon Santos, oficial de Bernardino de Benavides, que escriviò por su dictado el poder, *num*.1317. Dize, que viò en casa del Escriuano, à cosa de las seis y media de la mañana, el dicho dia Miercoles, dos, ò tres criados del señor Conde-Duque, y que vno de ellos, que se llamaua Artus de Roy, dixo, que el señor Conde llamaua à dicho Benavides, para otorgar su testamento; y que luego incontinenti el dicho Benavides se levantò, y fue en casa de su Extelencia, y en su compañia el testigo. Refiere, que el Escriuano entrò en el aposento del señor Conde acompañado de los criados; y el testigo se quedò fuera; lo que passò dentro no lo refiere mas que de algunas oidas: dize, sin señalar tiēpo corto, ni breve; *que saliò à la pieça donde el testigo esperava. que fue el tiempo en que se ordenò el poder, y le tomò en membrete Benavides, que despues de esto saliò à vna antesala, donde estava vn bufete junto à vna ventana de media rexa, que cae al jardin pequeño de la dicha casa y alli sacò vn pliego de papel, y le mandò al testigo ir escriuiendo todo el poder, desde la cabeça dèl hasta la fecha notandole todo el poder para testar del dicho señor Conde-Duque, y dictandosele al testigo, que le escriuiò en la misma forma q̃ se lo iba diziendo; y auiendole acabado hasta la fecha dèl, se entrò el dicho Escriuano con el dho poder en el aposento del señor Conde, para que le otorgasse, en lo qual estaria media hora poco mas, ò menos, leyendole al señor otorgāte y testigos, para cuyos nombres se remite à el.* Vease el poder, *dict. num*. 180, y se hallarà por su inspeccion, que todo lo que escriuiò este testigo, como oficial del Escrivano, segū èl depone fue todo el poder, hasta la fecha, q̃ acaba assi: *en ella à 19. de Iulio de 1645. años*. Prosigue aora su dicho. *Y el dicho poder venia desde la fecha dèl, hasta donde firmaron los*

los dichos cinco testigos con vn blanco para poner los nombres de ellos, que yà auian firmado allà dentro, y para poner como su Excelencia no auia podido firmar por la grauedad de su enfermedad; y el testigo escriviò en el dicho blãco los nombres de los dichos testigos, y como no auia podido firmar por la grauedad de su enfermedad, ordenandoselo todo el dicho Escriuano. Todo lo qual conuiene con la nota del dicho poder, que està en el numero citado. La Informacion de Granada en este blanco considera vna gran falsedad, y la amplia con sus terminos ponderativos, repetidas vezes. Yo no la hallo, y puedo assegurar por muchas ocasiones, en que me he hallado à otorgar escrituras de muchissima importãcia, que he visto a los Escrivanos despues de muy bien informados de lo que se contrata, y celebra, salirse aparte a escriuirlas en limpio, y bolver con ellas escritas cabalmente, hasta la fecha quando comiençan por nota de escritura, y no por el lugar, y dia del otorgamiento; y estas notas acaban assi: y lo otorgò ante Fulano, Escriuano del Numero de tal Ciudad, en ella a tantos dias de tal mes de tal año, siendo testigos, y paran aqui; porque despues que se leen a la parte, y se otorgan, se ponen de los circunstantes los que parecen. Este es estilo, no ay ley que le prohiba, no ay motiuo para calumniarle, ni contra èl se trae razon, ni autoridad, ni mas que invectivas, y sospechas voluntarias. No me ha parecido omitirlas; pero juzgo que no es menester mas obra para conuencerlas.

229 El tiempo inmediato al del poder, que es el de el nombramiento de la tabla franca à fauor de vn hijo de Iuan Vicente, Ayuda de Camara de el señor Conde-Duque, se articula en la nona pregũta *fol.* 350. *del memor.* Dizenle con todas sus circunstancias concluyendo a la sanidad del juizio de su Excelencia: todos los testigos: La informacion de Granada repara en los que llama encuẽtros en esta probança; porque Benavides dize, que fue el mismo quien instò con el señor Conde-Duque para que hiziesse merced a este criado, y los mas testigos dizen, que el proprio Iuan Vicente postrado ante la cama de su Excelencia la pidiò, y pudo ser vno, y otro. Lo cierto es, que todos contestan en la respuesta, que dixo, que fuera ingrato Cauallero, sino se la concediera, (por lo bien que le auia servido, que es respuesta digna de tal señor), y bien acordada. Las informaciones de Madrid dixeron que deste acto se deuia hazer el mismo juizio, que del del poder para testar; y esso es lo mismo, que à mi me parece; pues estando la enfermedad en el mismo estado en vn tiempo, que en otro, no puede auer diuersidad entre ambos actos.

230 No me parece repetir aqui lo que queda dicho a cerca de el acto subsiguiente de la Confes-

ſion q̃ el ſeñor Conde-Duque hizo con el Padre Ripalda, que ſe articula, *fol.* 353. por lo que de ella ſe pudo ſaber, fue lo que dixo el Cõfeſſor. En eſto eſtà probado contextiſsimamente, que dixo, y publicò que ſe auia confeſſado muy bien, y caſi generalmente, luego que ſaliò de confeſſarle. Contra eſto ſolo ſe opone el dicho ſingular del Doctor Maroja, a que queda ſatisfecho mas eſpecialmente quaudo ſe tratò de èl. Lo miſmo ſe articulò, *fol* 368. *B.* a la 12. pregunta, que es de las norabuenas que daua, y pedia el Padre Ripalda, por eſta mejoria, y buena diſpoſicion para confeſſarſe ſu Excelencia.

231 El tiempo de recibir el Santiſsimo Sacrameuto por Viatico, ſe articulò en la pregunta 11. *fol.* 358, *B*, abſuelvenla los teſtigos que quedan referidos, dando concluyente razon, porque reconocieron eſtar en juizio cabal, por los actos de deuocion que hizo, y palabras acertadas, con que reſpondiò. A los teſtigos que ſe refirieron, ſe debe añadir el dicho de Fray Antonio de Paz, de la Orden de San Franciſco, Predicador del Conuento de Toro, que acompañò *numer.* 1447. que concuerda con lo que depuſo *num.* 1134. que es otro teſtigo mas de los que deponen de la ſanidad del juizio del ſeñor Conde *Duque*. El Padre Fray Franciſco de Inſunça, *num.* 1124. depone de eſte acto, aunque no a eſta pregunta. Y no ay teſtigo que diga cõtra ſu contenido. Lo mas que ſe alargò a dezir el Doctor Maroja, fue que pudo reſponder acertadamente por el habito que tenia de comulgar cada dia; pero eſta razõ ſe refutò quando ſe tratò de ſu dicho. La pregunta 13. y la 14. correſponden a las gracias que diò a N.S. por la ſeñalada merced que le auia hecho el ſeñor Conde-Duque, deſpues de auer recibido a ſu Divina Mageſtad; y aunque ſon menos los teſtigos que la dizen, y los mas domeſticos (por auer ſalido acompañando al Santiſsimo los que le traxeron) la abſuelven conteſtemente, deſde *fol* 368. *haſta* 372. No puedo dexar de hazer aqui vn reparo, porque con èl ſe deſvanecen grandes ponderaciones de la informacion de Granada. Dize, que todo eſto ſe hizo, ſin que ningun vezino de la Ciudad de Toro aſsiſtieſſe a vèr otorgar el poder para teſtar a puerta cerrada, entre ſu muger, hijos, y criados en actos clandeſtinos, teniendo cerrada la entrada a los no intereſſados: y de aqui ſaca gran ſoſpecha de falſedad contra el inſtrumento, Eſcriuano, y teſtigos. Eſto dicho ſin viſta de autos, ruido haze; pero con ellos por ſi miſmo ſe deſvanece. Porque ſiendo el que fue el accidente de la enfermedad, en que ſu miſma nuera no le via, ni mas que los preciſos para ſu aſsiſtencia; fuera coſa impropria, y deſvſada, que le vieran, y viſitaran los eſtraños. Y avemos notado, que en el lucido intervalo del Martes le vieron, y comunicaron algunos

Re-

Religiosos. El del Miercoles començò entre quatro y cinco de la mañana. Luego se tratò de otorgar el poder entre siete y ocho, hora poco à proposito para visitas de estraños del grado, que se las pudieran hazer al señor Conde Duque, con que fue muy contingente, por no dezir necessario, que solos los domesticos concurriessen cō aquellos, sin que el acto no se podia celebrar. Despues de otorgar el poder, nombramiento de la tabla franca en Iuan Vicente; y de confessarse su Excelencia, se le traxò publcamente el Viatico, desde la Parroquia procesionalmeute, como a las nueue del dia, sin escusar el acompañamiento, y la pompa con que mas solemnemente se suele hazer tan sagrada accion. Concurriò gran numero de personas, muchas mas de las que cabian en la pieça donde su Excelencia estaua enfermo. Pues si se tratara de que estos actos fueran clandestinos, de encubrir el delirio de su Excelencia, de darle el Viatico, como a frenetico, por las opiniones que tanto se ponderan, para què se auia de hazer con tanta publicidad? Ay algun testigo, que diga, que les excluyeron, ò impidieron la entrada? Ninguno; antes todos dizen, que entraron, ò quedaron donde pudieron alcançar. Luego el que los vezinos de Toro no asistiessen, no fue, ni pudo ser cautela de la familia del señor Conde-Duque, pues hallarō la puerta abierta a este acto, a que les lleuò la deuociō, y piedād. Veasse aora lo que dizen tantos testigos, como deponen deste tiempo? Las señales, y razones que dàn del sano, y entero juizio del señor Cōde-Duque; de tan diuersos estados, tan sin interès, y muchos con tanta recomendacion por Religiosos, y Eclesiasticos Seculares: la conformidad en la conclusion principal; y hagase juizio sin cavilaciones, ni reparos insustanciales, si todo esto pue de ser falso, y falsos sin ningun interès, ni imaginado los testigos que lo deponen?

232 El vltimo tiempo es el de la comida entre diez y onze del dia, se articulò en dos preguntas, *fol.* 372. *hasta* 376. acerca dèl dize el Doctor Matoja, que se suspendia, y no passaua los bocados, hasta que le auisassen. En esto es singular, como en lo mas que depone. Los testigos del señor Duque de Medina de las Torres, no solo concluyē el buen juizio en este acto, si no despues, auiendose quedado platicando con el Padre Ripalda, y otros Religiosos, sin notar el desconcierto de la cabeça. Y avemos dicho, que quando se probara algun pasmo, ò especie de enagenamiento en este tiēpo, era tā distāte de el del otorgamiento del poder, que no podia influir en èl. Ademàs, que tal no se prueba. Despues de auerse recogido a dormir, le sobrevino el letargo, fuera de todo el tiempo de que necessito para sus disposiciones. Y esto baste de relacion de autos.

Opo-

233 Opone la informacion de Granada à estos testigos muchos defectos, y les pondera algunas contradiciones entre si, que examinados en el juizio de tenuta, ò el de propriedad, no dizen lo mismo en vno, que en otro; como notamos en Don Ioseph de Insunça, y se podrà quizas reparar en otros. Ninguna contradicion en esto es substancial; y todas se reducen à circunstancias, que el Iuez por su oficio debe concordar, *c. Cũ tu*, vbi DD. *de testib.* Pero quando lo fueran, no se reputan por tales; porque el olvido es cosa natural en el hombre; por lo qual en lo que es contrario el segundo, se atiende el primer dicho, sin que se le disminuya la fee por la variacion, quando el Iuez, que les examina no les lee el primer dicho, y ellos protestan no contradecirse, que es lo que sucediò en nuestro caso. Ità, & sub his terminis Gailus, *lib.* 1. *observat.* 104. *n.* 1. & 2. Menoch. *lib.* 2. *de arbitrar. cas.* 109. *n.* 12. & 13. Farin. *q.* 66. *n.* 4. Oponen à Pedro Perez, Andres Dualde, y Catalina Perez, que son contrarios a todos los demàs; porque dizen, que en los tiempos que asistieron a la enfermedad del señor Conde-Duque no vieron que estuviesse fuera de su juizio, ni q̃ hablasse, ni obrasse como tal; que solo vieron, que tenia vn genero de suspension en dichos tiempos: Y en la verdad, aunque he leydo con cuidado la probãça, y reconozco, que los testigos; y en especial los Medicos, dizen que padeciò frenesi con delirio, no hallo testigo mas que vno, que explique actos de furor; cõ que esta passion se explicasse, y el que lo dize, se estiende solo a que se intentaua leuantar de la cama; los mas deponen de palabras desordenadas, como dezir a los criados, ola no venis? nadie me responde? estando presentes. Pero quando el frenesi, y delirio huviera sido arrebatado, quãto puede ser; lo que estos testigos concluyen es de los tiempos de su assistencia, en q̃ ni diria palabra desordenada, ni haria accion descompuesta; y assi es impossible, diziendo, como dizẽ coartadamente a lo que ellos vieron, y oyeron, que se les pueda hallar cõtradicion con los demàs. Diego Sanchez Barco, y Agustin de Bargas, son faltos de noticias; pero no contrarios, dizen; que nunca oyeron dezir, que le huviesse faltado en aquella enfermedad el juizo al señor Conde Duque. Quando no depusieran negatiua, sino afirmatiuamente, que oyeron dezir, que nunca le auia faltado el juizio en aquella enfermedad, eran oidas vagas, que no probauan en pro, ni en contra. Pero lo probable es, que oyessen dezir, como era cierto, y publico, que en el acto de otorgar el poder, y en los subsiguientes, no le auia faltado el juizio, y lo tomassen, ò entendiessen por todo el termino de la enfermedad. Francisco de Guardia, Doña Catalina de Olivares, y Isabel Delgado, deponen, que estuvo en su juizio en

en el tiempo de el poder, antes, y despues de su otorgamiento, y se ponderan por contrarios del mismo modo; pero siendo constante q̃ se enterò en su juizio entre quatro, y cinco de la mañana, que el poder se otorgò como a las siete, q̃ durò en aquel estado, hasta que à la vna le sobrevino el letargo; yo no hallo contradicion, mirando el tiẽpo antecedente, y el siguiente, en que dixessen que estuvo en su juizio al tiempo del poder, antes, y despues de su otorgamiẽto. Otros innumerables reparos pondera la informacion de Granada en cada oraciõ, en cada sylava de cada testigo, forjando, ò fingiendo muchas contradiciones en donde no ay, ni puede auer el mas leue reparo; proseguirlas, y responderlas fuera prolixidad, y no arte; porque como dixo Aristoteles, *Peribermenias*, siue de sillogismo. *De quolibet quodlibet proferente solicitum esse stultum est.*

236 Contra los testigos de la informacion de Toro oponen, q̃ siendo tan notorio el frenesi, y delirio que padeciò en aquella enfermedad el señor Conde Duque, se estrecharon solamente a dezir, que estaua en su juizio quando otorgò el poder, que es auer callado la verdad; pero esta oposicion no tiene cuerpo; porque se hizo al tenor del pedimento que se presentò, ordenado por el Doctor Dominguez Moreno, Abogado, y Vicario de Toro, que ha depuesto en esta causa, y su dicho se refiriò, quãto se tratò de la forma, y entidad desta informacion. En el pedimento solamente se ofreciò informacion de la sanidad del juizio, en el mismo acto de otorgar el poder, sin comprehender mas tiempo que aquel, ni antes, ni despues; con que los testigos, ni debieron, ni pudieron conforme a derecho estender sus deposiones a mas de lo articulado, Farinac. *de testib, quæst.* 71. *à princ.* contra esta informacion, y contra la que se hizo en esta Corte ante vn Teniente, por Março de el año de 1648. se arguye gran fraude, diziẽdo que ambas se hizieron para preuenir, y prendar los testigos, que empeñados ya vna vez en que la disposicion se avia hecho en tiẽpo habil, y por testador de sano juizio, despues no se atreverian a dezir la verdad por el temor de la pena en materia tan graue, y de tan ilustres personages, como son los que litigan. Esta es la oposicion con toda la energia, que se la quiero dar: el hecho fue examinar en Toro, y en esta Corte los testigos que podian saber la verdad, para que la dixessen; cosa permitida en derecho, y vsada, *cap. quoniam frequenter; vt litè non contest. cap significauit,* 41. *de testib.* Farinac. *de testib. quæst.* 79. *à princ. & à num.* 63. Si huuo alguna cautela, seria con buen dolo, y de aquellas que se califican, *in l.* 2. *C. de furtis*, ibi: *Disce cautiùs negotiari, l. pupillus,* 24. *ff. quæ in fraud. credit. vigilaui, meliorem meam conditionem feci; ius ciuile vigilantibus scriptum est, non dormientibus.* Es cierto que no se descuidaua el

señor Marques de Leganès quando se hizo la informacion en Madrid; y que quando se hizo la de Toro, se temia por aduersario el señor Don Luis de Haro, como tan interessado en el abintenstato del señor Conde Duque: con rezelo de tanta oposicion, el Padre Ripalda pensò, y persuadiò que se hiziesse la informacion de Toro; y el señor que tuuo el poder de su primo el señor Duque de Medina, se preuino en hazer testigos a los que sabian la verdad de la buena causa que defendia; que fuera demasiada seguridad dexarlos à las solicitudes contrarias, con que mudando el sitio, se muda la vista, y semblante de la accion. Ademàs, que viendo como examinò, y prendò el señor Marques sus testigos, en especial al Doctor Maroja, y al Padre Ripalda, no puede culpar que se hiziesse lo mismo por parte del señor Duque de Medina: *pati enim debet in se quisque legem, quam ipse tulerit*, *l.* 1. *ff. quod quisque iuris*, neque quod fecit, potest in alio reprobare, *l. qui in arenam*, 11. *C. de inofficioso testam.* cum paria delicta mutua compensatione tollantur, *l. viro, atq; vxore*, 39. *ff. solut. matrim.*

236 Oponen tambien, que algunos de los testigos que deponen del valor del poder de Toro, y sanidad de juizio del señor Conde Duque, quando le otorgò, son legatarios despues de la señora Condesa en las disposiciones que hizo en su execucion; y que como estas dependan del valor de aquel se refunde en su interès lo que acerca desto deponen. Lo primero, esta excepcion no toca en los examinados en la informacion de Toro, que no pudieron adiuinar lo que despues auia de hazer la señora Condesa; en quanto a los que deponen despues de publicados sus testamentos, y codicilos, que es el caso en que puede ajustarse su oposicion, se responde, que este interès secundario de los testigos, nunca se ha considerado por bastante, para impedirles que puedan solemnizar, y autorizar vn testamento; y si no embaraça para la autoridad intrinseca de vn testamento, que depende de la condicion del testador, y formalidad legal, ò solemnidad que la ley pide, pues pueden reconocer sus sellos, y dar fee al testamento, aunque dèl ayã percebido legados; porque ha de obstar a la asseueracion, y testimonio del juizio del testador, mayormente no siendo ellos solos los que le apoyan, como son en el caso de el reconocer los sellos, que es el de la solemnidad? En este caso hablan los textos *in l. qui testamento*, 20. *ff. qui testament. facer. possunt*, *l. si quis*, 14. *de reb. dub. l. dictantibus*. 22. *C. de testam. l*, 3. *C. Theod. de testib.* Y hablò Symmacho, *lib.* 10. *epistola* 55. ibi: *Deinde cum testamenti iure confecti fidem recitatio publicaret*, CALVMNIA INANIS *obiecta est, quod signatores nescio quid legati ex eadem voluntate cepissent.* Esta doc-

trina se admite indubitablemente por los Autores Escolasticos en los testamentos cerrados, en que no saben su interès los testigos, quando asisten a la apertura, ò publicacion, Viglius Zuichemus *in §. legatarijs, inst. de testam.* per textum ibi Cujac. *lib. 9. obseruat. cap.* 37. Guillelmus Forner. *lib. 2. selectionum*, *cap.* 12. Osuald. *ad Donell. lib. 6. cap. 7. litt.* O. Otros ponen la razon de decidir en lo secundario de el interès, por ser el primario el del heredero Menoch. *de arbitrar. lib. 2. casu* 106. *num.* 14. Mascardus *de probationib. concl.* 973. *& conclus.* 1363. *num. 6. &* 7. Flores de Mena *lib. 1. var. quæst. 1. num.* 25. Matienzo *in l. 1. tit. 4 gloss.* 8. *num.* 9, *cum seqq.* D. Pichard. *in d. §. legatarijs.* Y segun la opinion destos, que en el fuero es mas recibida, no es oposicion contra los testigos, que depone en favor de vn testamento, sea abierto, ò sea cerrado, antes, y despues de la publicacion, que ayã del percibido legados.

237 Tambien se opone cõtra otros que fueron criados, vnos de el señor Conde Duque, otros del Marques de Mayrena, y otros de la Marquesa, y que en materia testamentaria se reprueba todo testimonio domestico, *§. item quos testator de domo sua produxit, inst. de testament.* Esta oposicion corre en los criados viles, y no se admite en los de grandes señores, que por la mayor parte son escogidos, como hombres de obligaciones, como con muchos sintiò Farinacio *de testib. quæst.* 55. *num.* 140. pero para el caso presente ninguna puede auer de menos apariencia, por no dezir entidad; porque se trata de probar la sanidad del juizio, y intermission del freneси que padecia el señor Conde Duque en la enfermedad, de que muriò. Omito lo comun, de que lo domestico, y que passa dentro de casa, se prueba idoneamente con los domesticos; porque no es facil hallar otros noticiosos, *l. consensu*, 8. *§. super plagis*, *C. de repudijs.* Y diziendo lo mas indiuidual, es cierto que el furor, y la sanidad de entendimiento se prueba con testigos domesticos, y que para esto los califica el derecho por mas idoneos que los estraños, como à mejor informados de la passion, complexion, y calidad del enfermo, y mas continuos en su asistencia, Tiberio Decian. *consil.* 127. *num.* 34. Paulus Duran *decis.* 178. *num.* 14. Buratus *decis.* 178. *num.* 20. Farinac. 1. *part. fragm. criminal. verbo furor. num.* 305. *& in posthumis*, 2. *tomo*, *decis.* 324. Roderic. Suarez *allegat.* 1. *numer.* 13. Contra otros oponen, que son beneficiados de el señor Duque de Medina de las Torres, ò porque muerta la señora Condesa los recibiò en su servicio, ò les diò casa de viuienda, ò racion. Podriamos responder lo que Paulo en caso se-

semejante de quien cumple con las obligaciones que debe: *Quia iusta & honesta causa est, non videtur malè accipere*, exstat *in l. quamvis, 20. ff. solut. matrimonio*, quam gnomem illustrat Rævardus *in l. hæredem, 59. de regulis iuris*. Pero quando no nos sirua la nota de criados de grandes señores, que queda hecha; bastarà la comun de los practicos, que quando los testigos son tantos, cómo los que han depuesto en fauor de esta causa, no ay tacha que los alcance, pues la debilidad de vnos se afirma, y fortalece con la fee de los otros; y muchos en tanto numero, nunca engañan, ni padecen engaño. *Nemo omnes, neminem omnes fefellerunt*, dize Seneca, *l. 3 in fine principij*, ibi, *Aliàs numerus testium*, ff. de testib. vbi glossa, *verbo numerus*, & Doctores, Farinacius *de testib. d. quæstion. 55. num. 110. & quæst. 62. à numer. 309. vbi num.* 328. docet aliorum defectum per aliorum fidem integram suppleri, vt & Paz in *prax. 1. part. tempore 9. num* 15. Gutierrez *allegat. 11. num.* 12.

238 Como auemos respondido a las tachas, y defectos que oponen a nuestros testigos; assi es bien que notemos las buenas calidades, y prerogatiua de nuestra probança. La primera, que a mi parecer se debe ponderar, es la franqueza con que se abriò la puerta a todos los que quisiessen entrar de los que venian acompañando el Santissimo Sacramento, quãdo se le truxeron por Viatico al señor Conde Duque, acabando de otorgar el poder, y el nombramiento de la tabla franca, y de confessarse con el Padre Ripalda tan a su satisfacion, como èl publicò vna, y muchas vezes; porque si la señora Condesa, y sus hijos no estuvieran tan ciertos de la sanidad del señor Conde Duque, como estauan, y como lo manifestauan sus obras, y palabras; en què juizio humano cabia darle el Viatico en publico, y a vista, y censura de tanta gente? Ya sabemos como se dà a los delirantes, con quanta cautela se haze, para euitar el escandalo de los pequeñuelos, y todo genero de indecencia; y assi no buscaron buena euasion el Padre Ripalda, y el Doctor Maroja, fundando en Teologia Moral, que con ciertas condiciones se puede administrar el Viatico al frenetico, de cuya conciẽcia por lo antecedente se puede hazer juizio moral, que no està en pecado mortal; pero no se avrà visto que a persona tal se le dè con la publicidad, y en la forma cõ que se le diò al señor Conde Duque, y con tan feliz sucesso, y tan a satisfacion de todos los circunstantes, como queda referido. En fin, sin tocar aora en la probança, esta publicidad es gran fundamento de la seguridad, que la familia tenia, y de la sanidad del juizio, de quien le recibiò, Decianus, *d. cons. 127. num.* 34. Burato *d. decis.* 256. *num.*

num. 18. Menochius *consil.* 683. *numer.* 4.

239 Compone tambien la probança de las deposiciones de muchos Religiosos, algunos Sacerdotes, y del Parroco que le administrò el Viatico, que en especial deponen de este acto; a los quales, y mas al Parroco, por su estado, y ministerio se defiere, quanto se puede deferir en la materia. Decianus, & Duran *vbi proximè*, Baratus *num.* 20. Farinacius *d. verbo furor num.* 305. Suarez *d. allegat.* 1. *num.* 13. Contra esto se dize en la informacion de Granada, que tambien cae passion, y afectos en el estado Sacerdotal, y Religioso; y que Clericorum oculi solent obcæcari, quando suis fauere volunt, dicho de Menochio *cons.* 45. *num.* 26. Mascard. *conclus.* 1363. *numer.* 56. Farinacio *de testib. quæst.* 60. *num.* 13. *Scimus, & hanc veniam petimusque damusque vicissim*, vt in re simili loquitur Horatius *in Arte Poetica*. Con tal, que veamos sin pasion, de quien se pueda formar mas prudentemente este rezelo; si del Licenciado Tomàs de Mansilla, que fue el Parroco, por ser pariente por afinidad de el Escrivano, por cuyo testimonio passò el poder; ù del Padre Ripalda, que padece las tachas, y defectos que quedan ponderados? Y con todo esso, dandose por desentendido de todos, se pondera, y engrandeze mas de lo que cabe en ponderacion, la fee que en su dicho merece, aunque singular, solo por ser Religioso; porque lo docto para el caso de deponer es atributo muy accidental.

240 Tambien deponen por la sanidad del juizio, y valor de el poder el Dotor Lazaro de la Fuente, Medico de Familia, y continuo assistente de el señor Conde Duque, que fue quien le començò a curar en la enfermedad, de que muriò. Y el Dotor Francisco de Medina, vezino de la Ciudad de Toro, que entrò luego a la curacion de la misma enfermedad. El Dotor Fuente depone de vista, y assistencia a el acto, y como testigo instrumental. El Dotor Medina, depone de como se recobrò de juizio, y le viò assi recobrado el Miercoles, poco despues de auer amanecido, y lo que passò hasta las seis, que se fue a descansar a su casa, hasta despues de las diez que bolviò: y auiendo dexado a su Excelencia en estado de perfecto juizio, dize, que en el mismo le hallò quando bolviò. Que es el caso individual, que probando los estremos se presumen, ò dan por probados los medios; pues siendo todo vn mismo lucido intervalo, y continuado hasta, que sobrevino el letargo, prudente juizio hizo de la perseverancia en la sanidad, que si le dexò sano de juizio, y al cabo de quatro, ò tres horas le hallò en la misma disposicion, lo estaria en el tiempo intermedio que gastò en disponer de las cosas de su alma, y hazienda; como si le huviera dexado insano, y bolviendo al dicho tiempo le hallara en la misma insania, juzgara tam-

bien prudentemente, que en el medio tiempo auia estado con la misma pasion. Ad notata per Bartol. *in l.2. ff. de bonor. poss infanti, furioso & c.* & alios, quos larga manu colligit Farinacius *verbo furor. numer.* 322. *& seqq.* En esta conformidad deponen; y contèstan ambos Medicos, no solo como tales, sino como asistentes, y noticiosos de la enfermedad, y sus accidentes; a los quales se les deue dar por testigos, y peritos contestes entero credito. Menoch. *lib. 6. præsumpt.* 45 *num.* 46. Caldas Pereyra *cons.* 24. *num.* 36. Farinacius *d. verbo furor. num.* 304. Mascardus *conclus.* 1034. *num.* 10. Mantica *decis.* 60. *n.* 1. Polydor. Ripa *de actis in articulo mort. cap.* 20. *num.* 21. Cæsar Argelus *de adquir. possess. ex remedio legis vlt. C. de adicto D. Hadr. tollendo quæst.* 3. *art.* 1. *num.* 104. Paulus Zachias *quæstion. medico legal. lib.* 2. *tit.* 1, *quæst.* 1. *num.* 3. Y mas deponiendo por causas tan naturàles, y tan verisimiles, que con la evaquacion cessò, ò casi cessò la fiebre, y con ella el delirio, que es lo ordinario, y lo que nos enseña la ciencia experimental, y con ella el derecho, que se adapta a los casos comunes, no a los extraordinarios, *l. nam ad ea ff. de legib.* como en los terminos de que hablamos se prueva de la *l.* 1. *§. Apud Viuianum, ff. de ædilit. ædicto, l. ob quæ vitia* 4. *§.* 1. *ff. eod. tit.* ibi: *Fortè si propter febrem loquãtur aliena.* Palabras que estàn tomadas, del insigne, y elegante Medico Cornelio Celso *lib.* 3 *de re Medica cap.* 18. ibi: *Illud ante omnia scire oportet, interdum in accessione ægros desipere, &* LOQVI ALIENA. *Quod non quidem levè est, neque incidere potest, nisi in febre vehementi; non tamen æquè pestiferum est, namque plerunque breve esse consueuit, leuatoque accessionis impetu protinus mens redit.* Paulus Zachias *d. tom.* 2. *tit.* 1. *quæst.* 21. *num.* 1. & 5. Sforcia Oddus *consil.* 93. *n.* 11. Paulus Paris. *vol.* 4 *consil.* 15. *n.* 11. Antonius Gabriel *vol.* 1. *consil.* 50. *n.* 7.

241 No bolverè a notar aqui lo que queda dicho en la refutaciõ del testimonio del Dotor Maroja, que buscò vn termino *Frenitis*, raro, y irregular; para hazer delirante al tiempo de la quietud, y sossiego (que no negò, ni pudo negar) al señor Conde Duque. Que faltò a los principios fisicos en querer fundar, que sin el medio de la tẽplança, passò desde lo calido del frenesi a lo frio de el letargo. Solo dirè, que para nosotros lo inverisimil no prueva, *cap. quia non est verisimile de præsumpt.* Pero en quanto al Dotor Medina, por no dexar cõsentido vn defecto de inconsequẽcia que se le opone, le desharè aqui brevemente. Dizen dos testigos, marido, y muger, examinados por el señor Marques de Leganès, que le oyeron dezir acerca de si pudo auer recibido el señor Cõde el Viatico con juizio cabal; que para negarlo vsò de cierto apodo, que por irreligioso le dexarè que se lea en sus deposiciones; esto se viene a los ojos, q̃ es falso. Porque ay muchos testigos de los q̃ deponen de oidas (quedan proximamẽte referidos

por

por sumario) que dàn por autor de ellas al Doctor Medina; diziendo, siempre le oyeron dezir en fauor de la sanidad del juizio de su Excelencia en aquella mañana. Con que excedemos en numero. Y porque el mismo Dotor Medina confiessa, que no bolviò de su casa a la possada del señor Conde Duque, hasta que se auian hecho todos los actos referidos, pues como es creible, que vn hombre que sintiò del lucido intervalo de aquel dia, lo que èl, y tantos por su dicho dizen se arrojasse a cosa tan despropositada, como irreverente de vna accion, a que confiessa no auer assistido.

242 Y para leuantar la mano de la tabla, en que parece que la he detenido mucho tiempo. El señor Marques se halla con solos dos testigos con las singularidades, contradiciones, tachas, y defectos que se les han opuesto. El señor Duque con tantos como se leeràn en sus probanças; y con vn instrumento hecho ante Escriuano fiel, y legal, a que se deue estar con igual, y con menor numero de testigos. Ioseph Ludovis. *decis.* 1. *part.* 1. *num.* 9. Sessè *vol.* 1. *decis.* 56. *nu.* 14. Petr. Roizius *decis. Lituanica* 2. *num.* 38. & 40. Mascard. *de probat. concl.* 503. *num.* 15. Farinac. *de falsitate quæst.* 58. *à num.* 142. Hermanus Vultei. *inter Cõsilia Marpurgensis Academ. cons.* 29. *a num.* 26. Que como no se impugna directamente, sino es cõ *el testimonio de quatro homes buenos, è leales*, como dize la *l.* 117. *tit.* 18. *part.* 3. vbi Gregor. *gloss.* 2. Dom. Covar. *lib.* 2. *var. cap.* 13. *nu.* 12. Zevall. *com. contr. communes quæst.* 43. *num.* 8. Canonistæ *in cap. cum Ioannes Eremita de fide instrum.* Legistæ *in l. optimam* 13. *C. de contrah. & committ. stipulat.* per textus ibi. Assi obliquamente, no se puede contrastar èl por si solo, y independēte de la probança, con que se ha fortalecido con menor numero, ni de menos calidad. Con que parece esfuerço demasiado, y sobre fuerças humanas, querer convencer furor para contrastar vna legitima disposicion con instrumētos tan deviles.

§. VI.

De los testamentos codicilos, y disposiciones que la señora Condesa de Olivares, Duquesa de San Lucar hizo en virtud del poder de Toro.

243 En la sentencia de tenuta de estos Estados, que el Consejo diò a fauor del señor Duque de Medina de las Torres, *Mem. n.* 365. se mencionan, y califican las disposiciones siguientes. El testamento que otorgò en 21. de Nouiēbre de 1645. en la Villa de Loeches, ante Alonso de Vililla, Escriuano de su Magestad. El que otorgò por si, y como heredera del Conde de Olivares su marido, en la dicha Villa, ante Rodrigo de Soto, Escrivano de su Magestad, en 25. de el dicho mes, y año. Los dos codicilos que otorgò en esta Villa de Madrid; el primero a 7. de Setiēbre de 1647. ante el dicho Rodrigo de Soto; el segundo a 9. del mismo mes, ante

Fran.

Frãcisco Suarez, Escriuano del Numero desta Villa. Y el papel cerrado, q̃ dexò dicha señora, y se abriò en 2. de Março de 1648. Estas disposiciones, como execució del poder de Toro, fueron las que determinaron la tenuta, calificadas por el supremo juizio del Consejo. Cõtra ellas no se ha alegado cosa alguna, sino indirectamente, diziendo que sõ hechas en virtud de poder nulo; con que allanado este passo entramos en este §. con toda seguridad. Con todo esso, para que se descubra mejor, como cumpliò esta señora con la confiança que deviò a su marido, ponderarè brevemente lo que dispuso; porque tanto silencio en la informacion de Granada, me parece arte, para dezir que dexò el señor Conde-Duque su hazienda a vna estraña, olvidado de su hijo. Cotejarè tambien su disposicion con la de el señor Conde, que està en el testamẽto del año de 1642. no porque me persuada q̃ le viò, ò supo dèl, quando hizo sus testamentos; sino, para manifestar que lo que ordenò era comunicado con su marido, que retenia la misma voluntad, en lo que se podia retener muriẽdo en el estado de cosas en que moria. Y porque el P. Ripalda juzgò absurdo, que antepusiesse la casa de Medina a la de Leganès, como queda dicho; y de aqui vinieron los ensanches de su Teologia, se demostrarà como tuvo el primer lugar en el afecto, y cariño del señor Cõde Duque, el señor Duque de Medina de las Torres D. Ramiro, y sus descẽdientes, sin embargo de q̃ en aquel testamento, en el tercer orden de colaterales fuessen primero llamados los descendientes de el señor Marques de Leganès; no porque esto sea necessario, porque en fin se ha de determinar el pleyto por lo escrito, y dispuesto por la señora Condesa, *l. omnia* 32. §. *In fideicommisso, ff. de legat.* 2. Sino para que por este cotejo se vea quanta conveniencia tienen la justicia, y la verdad.

244 Tratando, pues, primero del testamento que hizo, como comissaria de su marido, que està en el *Memor. desde el num.* 225. en èl: lo primero, acepta, y inserta a la letra el poder; pone la clausula, en que pone debaxo del amparo del Rey nuestro señor D. Felipe IV. q̃ de Dios goza, diziẽdo auer sido assi suplica, y voluntad del señor Conde, su persona, y soledad, la de sus hijos Enrique, y Ioana, y a su sobrino el señor D. Luis de Haro, *y a el Duque de Medina de las Torres, y al Marques de Leganès, y a sus hermanas, &c.* Cosa es no decisiva; pero que por lo comunicado por su marido, indica el grado de cariño en que el señor Duque se hallaua, sin embargo de ser su primo el señor Marques de Leganès. En vna manda de ciertas laminas, que està en el *numer.* 232. se halla el mismo orden. En el repartimiẽto de oficios tocò tambien primer lugar del de la Tesoreria de Aragon al señor Duque, *numero* 239. y en el siguiente a el señor Marques de Leganès. Quando ordenò, que

ampa-

amparassen los criados q̃ les auian servido, mencionò primero al señor Don Luis de Haro, luego al señor Duque, luego al señor Marques, *num.* 243. con estas prelaciones que se ponderan, por ser nacidas de lo comunicado con el señor Conde, convienen las que su Excelencia le diò en el testamento de el año de 642, que se referirán aqui con la misma brevedad.

245 Despues de auer dexado la misma Cruz del Santo Lignum Crucis, que la señora Cõdesa dexò tãbiẽ à su Magestad, le suplica ampare su Casa, y los suyos, nombra primero a la señora Condesa su muger, à los Marqueses de Mayrena sus hijos, y luego inmediatamente *al Duque de Medina de las Torres mi Yerno, y Hijo, &c. num.* 61. En la provision de las Encomiendas, que mandò fundar, dà voto solamente *al Duque de Medina de las Torres, y al Conde de Olivares, num.* 98. En el nombramiento de los oficios, dà siempre el primer lugar a el Duque de Medina de las Torres, despues de sus descendientes, *ex num.* 115. Y en el *num.* 119. *versiculo, En qualquiera caso de vacante*, dispositiuamente dize assi: *En qualquier caso de vacante de estas quatro Casas, ha de subintrar la Casa de Olivares, y su sucessor, por el tiempo, y mientras durare la vacante: de manera, que estas cinco Casas, que son San-Lucar, Mayrena, Medina de las Torres, Leganès, y Olivares, es mi voluntad que se subsstituyan, y prefieran las vnas a las otras en dichos oficios, con la graduacion, y orden de la letra, que dexo expressado,* que son los terminos de la *l. Publius* 36 *ff. de conditionib. & demonstr.* Sin dexar la conjetura legal a la inteligencia de los Iuezes. Y para la funcion de Grande de primera Classe, y recibir la Copa de Oro, que es la mas insigne prerrogatiua de esta Casa, en caso que por estar en las vacantes, que premeditò, y se explicaron en el §. 4. no huuiesse Duque de San Lucar, nombra en primer lugar a Ramiro Phelipez de Guzman, Duque de Medina de las Torres, y a los sucessores en su Estado, *num.* 122. A cada passo se lee esta prelacion de la Casa de Medina, à todas las demas sus hermanas, y primos, que corresponde a lo que declarò la señora Condesa ser dictamen de su marido.

246 Y si es cierto (como parece que se demostrò al fin de el §. 4) que faltando descendientes de los señores Condes de Olivares, ò del señor Conde; se suspendiò la sucessiõ de sus Mayorazgos, y Estados, hasta que huviesse hembra posseedora, ò imediata indubitable sucessora de la Casa de Olivares, &c. y que esta se llamò debaxo de condicion que casasse primeramente con descendiente del señor Conde Duque; y no le auiendo en primer lugar con el Posseedor de la Casa, y Guzmania de Toral, y Medina de las Torres: siendo este llamamiento el primer orden de trãsversales, segundo en orden, en cuya falta se llamò el tercero, y no antes, como consta de el *num.* 152. Es claro, que en el segundo orden es

preferido el Duque de Medina de las Torres; aun quando valiera esta disposicion, por ser en quien se auia de cumplir la condicion de el llamamiento, para que se executasse la vnion que tanto deseò el señor Conde Duque. Esta suspension, y forma de vacantes, por intrincada, y inexplicable, y por falta del presupuesto de caudal, no se halla restablecida por la señora Condesa; y assi se siguiò inmediatamẽte el llamamiento de colaterales, ò estraños, a el de descendientes; pues como puede ser del dictamen del señor Conde Duque, q̃ quitada la esperãça de la vniõ a la Casa de Medina, por via del casamiento, la pospusiesse en el efecto de la sucession à otra alguna; el que en todo lo dispositiuo de oficios, nombramientos, presentaciones, y funciones honorificas la auia preferido a todas? Tengo para mi por cierto, que la señora Condesa no tuvo noticia indiuidual de lo dispuesto en este testamento, ni otra norma, para dirigir la disposicion de su marido, que la que la auia comunicado; segun la qual, y sin darse por entendida de los llamamientos secretos, que por justos motiuos dexò hechos en papel a parte; declarò bastantemente su dictamen en el primer codicilo, *numer.* 287. Donde a falta de el Conde de Grajal dexò el poder para seguir, y cõponer sus pleytos, *à el Duque de Medina de las Torres mi hijo, por ser el mas inmediatamente interessado en todo ellos segun las disposiciones del Conde mi señor, con q̃ yo en todo me he cõformado.* Esto baste para convencer, que no fue *veleidad, ni capricho*, como se dize de la señora Condesa preferir la Casa de Medina a la de Leganès, sino constante dictamen de el señor Conde Duque su marido.

247 Boluiendo a las disposiciones del testamento que hizo, como comissaria de su Excelencia en el *numer.* 245. haze memoria de todas las fundaciones que auian hecho, hasta las capitulaciones matrimoniales de D. Henrique Phelipez de Guzman, primer Marques de Mayrena, con Doña Iuana de Velasco, en que mudò los llamamientos antecedentes, incluyendo a los susodichos en la Casa de San Lucar, Oficios, y Mercedes a falta de hijos legitimos, y a sus descendientes, de qualquiera calidad que fuessen; la qual fue su voluntad; y que en esta conformidad lo executasse la señora Condesa; y, poniendolo en execucion, en virtud de las reservas, hechas por ambos, de poder mudar, alterar, ò revocar los dichos Mayorazgos antecedentemente hechos, y por la calidad de ellos, que es de ser revocables, los revoca, y anula; y assi deshechos para la nueva fundacion, dize las palabras siguientes: *Conformandome con la voluntad del dicho Conde mi señor; y en execucion de ella, y de lo que conmigo comunicò, y ordenò; aprueba y ratifico qualquier Mayorazgo ò Mayorazgos que pareciere auer hecho el Conde mi señor, por qualquier testamento, ò codicilo que antes que el que se otorgò en Toro huviesse*

se otorgado en qualquier lugar en todo lo que fuere conforme a lo que dispongo en este testamento en virtud de su comission y orden que es lo que quiso, que siempre valiesse, y se cumpliesse. Verase qual fuesse el intento de instituirla por heredera; y que no fue de dexarla los bienes como libres, sino vinculados con las vinculaciones anteriores, que en quanto a la sustancia se mantuvieron, aunque se alteraron en quanto a la forma. Llamò, pues, *en el num.* 247. à Don Enrique Felipez de Guzman: *Y porque nadie se atreuiesse à intentar duda juridica de la verdadera filiacion del dicho Don Enrique, que al dicho Conde mi señor le fue del todo constante, y cierta; quiso que quando no lo fuesse, y lo contrario se probasse, adoptarle por hijo suyo para esta sucession, conforme podia de derecho.* Prosigue las condiciones, gravamenes, incorporaciones, y agregaciones de vnos mayorazgos a otros: la limitacion del goze, hasta que la renta de la Casa de San Lucar llegasse a ochẽta mil ducados, con tan especial prouidencia, que nadie se podrà persuadir (aun quando en todas las clausulas, no lo repitiera la señora Condesa) que era voluntad suya, y no de su marido: porque quitado lo superfluo, è impracticable, conforme al estado de las cosas, es lo mismo que auia deseado se cumpliesse, quando con mas esperanças, y mayor animo otorgò el testamento del año de 1642. solo ay que reparar la altissima razon de estado, con que despues de la linea de descendientes del segundo Marquès de Mayrena Don Gaspar, no passò a nombrar mas successores, reseruandolo para papel à parte, firmado de su nombre por justas causas.

248 El testamento que hizo por si, y como heredera de su marido, que està *en el Mem. desde el nu.* 181. no diferencia deste en cosa sustancial, antes sigue el mismo dictamen: cumplidas las mandas, funda mayorazgo de todos los bienes, que quedaron por muerte de su marido, y por otros titulos la pudiessen pertenecer. Instituye por su heredero vniuersal para suceder en el dicho mayorazgo al dicho Don Enrique Felipez de Guzman, hijo de su marido; añade: *No solo porque lo es, sino porque quando no lo sea, le adopto por hijo mio, segun puedo por derecho.* Notese lo que ya queda dicho, y repetido, como, y con que afecto, y cariño cumpliò la cõfiança, y quan segun el dictamen de quien la hizo, y dexò à su cargo. Fue tan enixa la voluntad del señor Conde-Duque, de que sucediesse en su Casa de San Lucar el Marquès de Mayrena su hijo, que en caso que se pusiesse duda legitima sobre su filiacion, le adoptaua por hijo, segun lo manifestò la señora Condesa; para que junto el presente estado de filiacion, en que se hallaua, y la adopcion; no huviesse duda, en su sucession, propter vtrunque vinculum arg. *Ex l. cum in adoptiuis, Cod. de adoption.* Y por la fuerça de la adopcion hecha en

en testamento, y para suceder, de qua *Ex leg. & sciendum 7. in fine, leg. facta 63. §. si verò nominis, ff. ad S. C. Trebell.* Cujat. *lib. 7. obseruat. ca. 7.* Petrus Faber. *lib. 1. semestr. cap. 14.* Petrus Pithæus, *lib. 1. successiuar, cap.* Offuald. *ad Don. lib. 2. ca. 23. lit. H.* Que oy se reduce al grauamen de conseruar Armas, y Apellido, de quo D. Molin. & Addentes, *lib. 2. cap. 8. ex num. 14. & ca. 14. per totum.* Dom. Valenç. *consil. 69, num. 26.* Este mismo modo de assegurar la institucion tuvo la señora Condesa, instituyendole, y en caso necessario adoptãdole por su propio hijo, segũ podia por derecho en el sentido q̃ despues de Cujacio, y los Autores citados dixo Gothofredo *In dict. §. Si verò nominis. Qua potestas fœminis quoque competit. Cicero ad Atticum, lib. 7. epist. 8.* Y de lo que se lee en las historias de Castilla, auer echo la Condesa Doña Sancha con Mudarra Gonçalez, con la ficcion de auer vestido vna camisa muy ancha, y entrandole por la boca manga, sacadole por el cabeçon, como si le huuiera naturalmente procreado.

249 Despues de auer llamado los descendientes de Don Enrique da prouidencia del caso, en que suceda hembra en la Casa, y mayorazgo de San Lucar, disponiendo que aya de casar con hijo de la Casa de Toral y Medina de las Torres; y no le auiendo, con hijo de la Casa de Villa-Manrique. Aqui no tratò mas que de suscitar la varonia de Guzman, con los varones de estas dos Casas, no de la vnion, para que eran necessarias dos concurrencias, que el varon de la Casa que se escogia, fuesse posseedor de sus Estados, ò primogenito. Y que la Casa de Oliuares viniesse à hembra, ò como posseedora, ò inmediata indubitable sucessora: lo qual quan dificultoso sea de llegar à vna postura, todos lo pueden ver, y reconocer. Que era la razon de las largas vacantes, que premeditò el señor Conde-Duque, por esperar este caso.

250 A los descendientes del Marquès de Mayrena Don Enrique, se sigue el llamamiento de los Duques de Medina de las Torres, aunque se pueden leer en el *núm.* 208. me ha parecido poner aqui por las razones qne contienen dię auer preferido esta Casa à las de todos los hermanos, y primos; dizen: *Despues de la succession, y descendencia legitima del dicho Don Enrique de Guzman, y à falta suya, ha de suceder el que tuviere la Casa del Duque de Medina de las Torres, y Toral sus hijos, y descendientes legitimos, con las mismas calidades, y condiciones que los hijos, y descendientes del dicho Don Enrique. No solo porque el que oy tiene la dicha Casa fue elegido de mi y de mi marido, para sucessor en este mayorazgo, casandole con nuestra hija heredera la Marquesa de Eliche, que de Dios goze, sino principalmente, porque mi marido, y yo instituimos el mayorazgo de Medina de las Torres; y en esta consideracion la vna Casa viene à ser herman a de la otra: y assi segun la institucion de el mayorazgo de Medina de las Torres, la de San Lu-*

Lucar, sucede en ella, à falta de la sucession, y descendencia de su primer dueño, que oy la tiene. Y tambien porque nuestro deseo ha sido siempre cõservar nuestra memoria, y posteridad en la Casa, y Guzmania de Medina de las Torres, y Toral, como lo muestra el tymbre de las letras, y Armas, de que han de vsar los sucessores en este Mayorazgo, de que vsò mi marido, de que abaxo dirè. Y en tal caso de suceder en este Mayorazgo el que tuviere la Casa de las Torres, esta se ha de agregar à la de San Lucar, como à la mas principal, y preferida à la de las Torres, nombrandose, y firmandose el posseedor de entrambas en primer lugar Duque de San Lucar. Si el Padre Ripalda tuvo noticia de las razones deste llamamiento, no debiò atribuir a ligereza de animo, ò passion de la señora Condesa la prelacion, q̃ diò à esta Casa à todas las demàs, porq̃ son biẽ eficazes, y cõcluyẽtes del animo de ambos señores Fundadores, à que correspondiò en el testamento del año de 42. la solicitud de juntar estas Casas, aunque por medio largo, y dificultoso. Si no tuvo de ellas noticia, por auer sido escritas en testamento cerrado; parece que se puede assegurar, que considerandolas con el peso, y meditacion que piden, no hallaria ensanches en su Theologia para quitar la sucession, à quien con tãto acuerdo estaua llamado, y darsela a vn pariente, no el mas proximo, suscitando el valor de vn testamento olvidado, y desautorizando vn poder, que tanto auia acreditado antes.

251 Siguese el codicilo de cinco de Setiembre de 1647. en el *memorial desde num.* 264. En èl confirma, aprueba, y ratifica todo lo que tenia dispuesto, y ordenado en su testamento cerrado, y en el que hizo como comissaria de su marido; porque su animo siempre fue conformarse en todo con lo que entẽdiò era mas ajustado a su volũtad: y para conformar ambos testamẽtos, si el propio discrepare en algo del que hizo en virtud de el poder; quiere se estè à este, como si fuera su propio testamento. Y en quanto a los llamamiẽtos, quiere se estè a los señalados en papel a parte, *que manda no se abra hasta despues de los dias de el Marques de Mayrena Don Gaspar Phelipez de Guzman, y que se guarde assi cerrado hasta esse tiempo donde el Consejo Real de Castilla ordenare.* Era de dos años, y necessitaua de el abrigo de todos sus parientes, y no quiso dexar menos grata vna familia que otras cõ la eleccion de los llamamientos; por esso no los publicò hasta que fuesse necessario. Cautela es conocida en derecho *l. vltim. ff. ad S. C. Trebell. cum impubes obiesit. §. sin autem quis ita formidolosus sit, inst. de pupillari*, Gaius *lib. 2. instit. tit.* 4. §. 3. pero bien diestramente meditada en este caso; y assi en quanto à los llamamientos se debe estar a el papel, que despues se abriò, precisamente.

252 En este codicilo al *numer.* 289. esta la clausula de las dudas legitimas, que podia auer acerca del valor del poder de Toro; y despues

se siguen onze clausulas, tã firmes, y tan constantes en el valor de sus disposiciones, dictadas por la señora Condesa, y en especial la revocatoria de los testamentos, y codicilos, y confirmatoria del testamẽto, hecho en Loeches, en su nombre, en quanto al codicilo no fuere contrario; q̃ mirandola con la atẽcion que acostumbran los señores Juezes, reconoceràn que es vn retazo tan mal cosido, y de tan diferente estofa y color, que no tendràn por muy temeraria la malicia que queda apuntada. Y por no inculcar lo dicho no insisto mas en ello.

253 En el codicilo de siete de Setiembre del mismo año, poco reparo ay q̃ hazer; solo de su ingresso se debe colegir, que perseverò en la voluntad antecedente, mandando se guardasse en lo no contrario a aquel codicilo. Pues en que juizio humano cabe, que si huviera puesto aquella clausula dolosamente, formada para revocar el poder, ò declararle nulo, y dar fuerça al testamento del año de 1642. auia de estar tan firme, y perseverante en sus disposiciones, sin boluer a hazer mencion de su escrupulo, ni de aquellas dudas?

254 El vltimo instrumento es el papel sellado, y cerrado, que contiene los llamamientos; ẽn el despues de la descendencia de el Marques de Mayrena està llamada la Casa de Medina de las Torres, que fundò el señor Conde Duque en Ramiro Phelipez de Guzman, en la misma forma que quedò referida del testamento que otorgò como heredera, y en su nombre, y por los mismos motivos: Cõsta *del memorial num.* 323. Y en el siguiente la de Leganès. Referidas, pues, y ponderadas todas las disposiciones que en el memorial se cõtienen. Passemos a hazer relacion del Estado que tuvo là controversia en el juyzio de Tenuta, y tiene en el de propriedad; para ver si ha mudado semblante en algo.

§. VII.

Del estado desta controuersia en el juizio de tenuta, y del que conserua en este de propriedad.

255 En treinta y vno de Março de 1648. se introduxo el pleyto de tenuta por el señor Duque dè Medina de las Torres por las disposiciones hechas por la señora Cõdesa de Oliuares, en virtud del poder de Toro: y porque tambien auia tomado possessión de algunos Lugares, y Oficios el señor Marquès de Leganès, pidiò se le mandasse diesse poder à Procurador conocido, *Memor. num.* 336. el señor Marquès de Leganès, pretendiò lo mismo en virtud de las escrituras matrimoniales hechas para el matrimonio de los Marqueses de Mairena a 14. de Abril de 1642. y fundaciones en ellas hechas; y del testamento de diez y seis de Mayo de dicho año. Y el Marquès de Morata su hijo por su persona, y llamamiento, saliò pretẽdiendo lo mismo con traslado de parte a parte, saliò fundando su derecho en las dis,

disposiciones mencionadas; y excluyendo el contrario el señor Duque de Medina de las Torres, con vn muy copioso escrito que se pone a la letra desde el n. 339. hasta el *num.* 355. y por otros dos escritos, *num.* 356. y siguiente Pero el mas dilatado, y mas indiuidual es el quarto, que està puesto a la letra, *num.* 358. saliò tambien la señora Doña Antonia de Guzman, hija mayor del señor Don Luis de Haro, fundando en el dicho testamento de 1642. y pidiendo desde luego se declarasse auersela traspassado por beneficio de la ley la possession de dichos mayorazgos, y Estados por virtud de su llamamiẽto literal, auiendo faltado el Marquès de Mayrena; y por otro si, en caso que no huuiesse lugar el dicho remedio de tenuta; por lo menos dixo ser indubitable, que en el dicho testamento de quarenta y dos se suspendiò la sucession del dicho mayorazgo en quanto à los demàs llamamientos, hasta que la Casa de Oliuares caiga en hembra hasta que se acabasse de fundar la renta de ciento y cincuenta mil ducados: pidiò suspension de la sucessiõ, como interessada. De forma, que en virtud del testamento de 1642. huvo dos pretensiones: vna del señor Marquès de Leganès absoluta; otra de la señora Doña Antonia de Haro, que remataua en suspensiõ. A que satisfizo el señor Duque de Medina en pedimento, *num.* 361. fundando siempre en las mismas disposiciones. Saliò tambien el señor Ioseph Gonçalez, pretendiendo la administracion sin perjuizio del derecho de ninguna de las partes, fundando, que le tocaua assi por el testamẽto del año de 1642. como por los hechos el de 1645. en virtud del poder de Toro, y sin deferir mas à vno que a otro; à que satisfizo contradiziendo esta pretẽsion el señor Duque de Medina, *n.* 363. No se ponen en el memorial los alegatos del señor Marquès, hechos en el juizio de tenuta, porque se remiten, y reducen al alegato que diò en propriedad. Este es de bien prouado, abono, y refutacion de testigos; discurriendo en todas las razones, que podian fundar el primer testamento, y deshazer el segundo. Està desde el *num.* 1829. *hasta* 1923. A que respondiò el señor Duque con la misma dilatacion, y forma, desde el *nu.* 1924. *hasta* 2015. Replicò el Marquès de Morata, hasta el *num.* 2082. A que satisfizo el señor Duque con duplicato muy dilatado hasta *num.* 2266. No ay duda, que se leeràn con la atencion, que pide materia tan importante todos estos escritos. Y, aunque no se leen los que hizo en tenuta el señor Marquès de Leganès, porque con cautela, no quiso se pusiessen à la letra, porque no se reconociesse, que eran vnos mismos alegatos, y que no se auia adelantado la defensa; con todo esso se reconocerà ser assi de las respuestas de el señor Duque de Medina, que con aduertencia contraria, los hizo insertar. Y yo lo he reconocido mas bien; porque de auer visto las informaciones que

se dieron en Madrid, assegure, que no se buscaron diferétes motiuos, ni principios para la defensa de Granada. Solamente se ha querido esforçar el defecto del Escriuano por varios medios, y tachas; que no se opusieron en tenuta, quando estauan mas recientes las noticias. Y assi toda la controuersia fue, si el poder de Toro fue valido, bastante, y comprehensiuo de todos los Estados, por los medios à que queda satisfecho, concluyendo, q̃ aunque fuesse posterior, no pudo romper el testamento del año de 1642. Y el intento del señor Duque de Medina, que pudo romperle (hemos añadido, caso que estuuiesse en terminos de ser roto, por oluidado, y desestimado) y que cõ efecto le rompiò, y dexò en estado de inutil.

256 Por cinco razones se quiso esforçar, que el poder de Toro, y dis posiciones en su virtud fechas, no pudieron romper el testamento de el año de 1642. La primera, por ser hecho el poder de Toro, por causa falsa final, a causa de estar transcordado el señor Conde-Duque, que tenia hecho testamento, y que à acordarse de èl de el año de 1642. no huviera dado dicho poder. La segunda, porque la disposicion del año de 42. era inter liberos, que tiene tacita clausula derogatoria legal: y assi la derogacion general de testamentos anteriores, que contiene el poder (que esto ya se confiessa porque se lee en èl) no fue suficiente para reuocarle, sin especial mencion. La tercera, porque no es creible, que vn hombre de sano, y cabal juizio, qual se requiere para testar, huviesse tratado de romper vn testamento, y disposicion, premeditada, y hecha con acuerdo, y deliberacion tan grande: por vna voluntad simple, corta, inconsulta, en que desvaratò todas sus fundaciones, dexando sus Estados, grandeza, titulos, honores, y oficios, como bienes libres a vna estraña, con oluido, y pretericion de su hijo. De aqui se hizo camino a la quarta, q̃ estaua frenetico, y furioso, quando otorgò el poder. La quinta, que al poder le faltaron las solemnidades, y requisitos de derecho, assi en quanto al rogito del Escriuano, como en quanto al numero, y calidades de los testigos instrumentales; y que diziendo vno de ellos contra su valor, falta el que se requiere por derecho. Esto se questionò en tenuta, y esto se questiona, y ventila en propriedad, sin añadirse cosa alguna; ni releuante, ni ligera. Que son las cinco excepciones à que se ha satisfecho en el §. 4, y en el §. 5. desta alegacion. Con que parece ser la misma especie, y semblante de vn juizio, y de otro. Las probanças son las mismas, y casi por los mismos articulos, sin que se aya añadido testigo, que deponga mas que lo que tenia depuesto en aquel juizio: y el esfuerço que se hizo contra el Escriuano, no tuvo sucesso, ni contra su legalidad se probò cosa alguna;

antes su abono se probò plenissimamente. Y assi, perseuerando, como perseuera el mismo hecho con las mismas circunstancias, si no hemos faltado en la aplicacion de los principios de derecho, debemos esperar el mismo fin de la cõtrouersia; porque como dixo Ciceron *in Topicis. Par causa parem æquitatem desiderat.*

257 Tambien se quiso esforçar en las Informaciones de Madrid, y todavia se insiste en la de Granada, vna opinion de Antonio Fabro de *errorib. Pragmaticor. decade* 68. *err.* 1. & 2. que la voluntad nuncupatiua, como menos solemne posterior, no puede reuocar la anterior, hecha in scriptis con mas solemnidad; no auiendo grande expression, y vna como clausula derogatoria especial. Por la regla natural, nihil tàm naturale est, eodem genere quidquid dissolvi, quo colligatum est. *l. prout* 80 *ff. de solut. l. nihil tàm naturale* 35. *ff. reg. iur.* Y por la especial en esta materia, que para que se deshaga vn testamento perfecto, es menester que sea por otro, *æquè perfecto. l. sancimus* 27. *C. de testament.* §. *posteriore inst. quib. modis testam. infirmẽt.* Ne aliàs tabulæ priores iure factæ irritæ fiant; nisi sequentes iure ordinatæ, & perfectæ fuerint, inquit Iustinian. *in* §. *ex eo autem solo inst. eod. tit.* Porque andan tan juntas, y tan debaxo de vn concepto la voluntad, y solemnidad, ò formalidad que piden las leyes; que hasta tanto que se solemniza, ò formaliza el vltimo testamento, no se entiende que ay en èl, ni aun voluntad, text. vulgaris, sed optimus *in l. si iure* 18. *de legat.* 3. Estas razones, aunque mas discurridas, y con mayor energia induxeron a el gran Iuris-Consulto Antonio Fabro à tener esta opinion singular: en que no ha hallado sequito, ni en las Escuelas, ni en el Fuero. Porque sin embargo de su grã pericia, y ingenio, se equivocò en dos terminos, *perfecta voluntas*, y *solemnis voluntas*. Porque para reuocarse el primer testamento, no requiere mas el derecho de perfecta voluntad en el segundo, que pueda valer, conforme à derecho, no que sea igualmente solemne, *l.* 1. *ff de iniusto rupto*, ibi: *Aut rumpitur alio posteriore, ex quo heres existere potest*, quamvis de facto non existat, vel quia delatam repudiauit hæreditatem, vel institutionis conditio defecit, vel quo alio casu exitum perfecta voluntas ex post facto non habeat, *l.* 3. §. *sed etsi sit* 4. *cum legib. seqq. l. cum in secundò* 16. *ff. de iniusto rupto. l. pater filio* 54. *ff. de hæred. instit.* Y el termino *solemne* se explica con el mismo termino perfecto; porque el testamento, que en su genero es perfecto, se llama solemne; y assi el testamento hecho iure militari, que aũque carece de solemnidad, es perfecto en su genero, rompe el anterior, que estaua hecho iure communi antes de la milicia, *l.* 2. *ff. de iniusto rupto*, donde le llama *non perfecto*, por llamarle *non solemni. l. militis* 36. §. *vlt. ff. de testamen. milit.* Facit ex noua Iustiniani prouidẽtia, text. *in l. hac consultissima* 21. §. *si quis autem*

tem 3. *C. de testament.* Y esta es tambien nuestra Iurisprudencia, vt cõstat *ex l.* 8. 21. 22. *&* 23. *tit.* 1. *Partit.* 6. Y los principios de la Arte comunmente recibidos, *apud D. Præsidem* Couarrub. 2. *part. rubrica de testament.* Petrum Peraltam *in l. si quis in princip.* 22. *ff. de legat.* 3. Iulium Clarum, *§. testamentum quæst.* 47. Cujac. *consult.* 55. & alios passim. Por lo qual no basta para fundar de derecho producir segundo testamento, aunque posterior, sino se produce perfecto en su genero; y si se producen dos, vno anterior, y otro posterior, à quien se le opone vicio tal, que le irrite, si se prueba: *Estonce el Iuez debe auer amos los testamẽtos, è oir las razones de amas las partes; è el que mostrare que ha mejor derecho en la heredad, aquel debe ser entregado de ella*, que son palabras de la *l.* 3. *tit.* 14. *Part.* 6. citada por Cæsar Argelo, aunque Estrangero, *de legitimo contradictore, art.* 1. *quæst.* 2. *num.* 107. En fin, bolviendo a la opinion de Fabro no tiene fundamento en derecho, antes es contra los textos que prueban, que el testamẽto insolemne perfecto en su genero, rompe al hecho con mayor solemnidad, y assi le rechazan el doctissimo Menochio 3. *tomo consilio* 275. *num.* 1. *&* *consil.* 1020. *num.* 19. *&* 20. *tomo.* 11. Fontanella *decision.* 203. 1. *tomo.* Por lo qual, quando el testamento in scriptis de el año de 1642. mereciesse alguna estimaciõ, y necessitasse de ser reuocado; biẽ pudo serlo, como lo fue por el poder de Toro, aunque fuesse nũcupatiuo, pues fue en su genero perfeto; y tal pareciò al Consejo, auiẽdo oido con tanta deliberacion lo q̃ razonaron ambas partes pro & contra, como lo dize la ley de la Partida.

§. VIII.

De la autoridad de la cosa juzgada en Tenuta, y quanto influya en este juizio de propiedad.

258 Los Abogados de Madrid, que hizieron las Informaciones para el juyzio de Tenuta, como hasta entonces no auia determinacion en la materia, procedieron en este punto, per emendicata sufragia, buscando con mucha curiosidad, y erudicion varias decisiones de Tribunales, en que obtuuo el que fundaua en testamento posterior, aunque se le huviesse puesto excepcion de furor, ò freneſi, por ser esta de tan dificultosa probança; y de ellas nos hauemos valido en este papel algunas vezes, para las doctrinas que se han fundado; ni son de desestimar, aunque faltẽ en vna, ò en otra circunstancia; porque en el juyzio comun convienen de no diferir a tal pretension, sino es en materia muy notoria. Por esso las alegarè aqui, aunque los Antecessores las refirieron, y ponderaron, satisfaciendo a las euasiones que buscaron los Abogados del señor Marques de Leganès, que es el medio con que se quiere despedir de ellas la Informacion de Granada, y tuvo la primera que se hizo en

en esta Corte. Illa *ex num.916.* Hæc verò *ex num.257.* Quæ sunt Manticæ *decisio 60.* Rotæ *apud Paulum Duran* 178. Fontanellæ 580.*2.tomo*, Sesse *decisio 56. 1.tomo*, Pauli Christinæi *decis.182. vol.1.* Augustini Barbosæ *votum decis.57.* *el cõsejo* 50.de Lælio Alto-Grado se puede, y se ha alegado por decision; y la curiosidad podrà hallar muchas mas; porque en el acto practico de juzgar raras vezes se vè, que por furor, ò frenesi, se irrite vn testamẽto; pues quando es cierto, y se descubre, ni ay Escriuano, ni ay testigos que autorizen semejantes disposiciones. Y pudieramos alegar otro exemplar, que estos dias se vẽtilò con harto ruido en la Sala de Alcaldes, hasta atormentar los testigos; y vltimamenre traido a la Sala de Provincia del Consejo se diò sentencia en favor de el testamento; pero todos estos son impropios, respecto del que tenemos entre manos.

259 Porque como dezia el señor Padilla Menesses; cuyo dicho refieren Carrasco del Saz *cap.9. super leges Recopilat.num.*253. Y citandole el señor Solorçano 2. *tomo de iure Indiar.lib.2.cap.18.numer.40.* *apenas ay vn pleyto que tenga la cara como el otro.* Pero en este caso no vamos por exemplos, que son falibles *l.licet* 12.*ff.de officio Præsidis, l. nemo iudex, C.de sentent.& interloquut.* sino estamos en vna determinacion de el Consejo Supremo, que oidas las partes, vistos los instrumentos, y las probanças, auiendose razonado, como dize la ley de la Partida citada *n.*257. y disputada tan exactamente de la justicia de vna, y otra disposicion, fallò en fauor de el poder para testar, que diò el señor Conde Duque a la señora Condesa su muger, fundaciones, y llamamientos en su virtud fechos. No se puede negar ser la misma causa, tener la misma structura, meritos, y probanças: porque las tachas que se articularon, se alegaron en Tenuta, por lo que resultaua de las declaraciones a generales, como si estuvieran verificadas. Pues como se puede temer, que se reuoque por los mismos autos vna sentencia de el Consejo Supremo? De cuya autoridad parece que hablò el S.Consulto Arcadio Charisio *in l.1. ff.de officio Præf.Prætor.* ibi: *Credidit enim Princeps eos qui ob singularem industriam explorata eorum fide ac grauitate, ad eius officij magnitudinem adhibentur, non aliter esse iudicaturos pro sapientia, ac iure dignitatis suæ, quam ipse fora iudicaturus.* Imputarles negligencia en el estudiar los pleytos, ò impericia en entenderlos, quando no fuesse temeridad seria irreuerencia, como respeto de otro Senado supremo, considerò Mattheo de Afflictis *decis.96.numer.11.& decis.383.in fine.* Mas dixo Antonio Gamma *decis.33.num.2,& decis.238.* que no era licito debaxo de las mismas circunstancias juzgar de otra suerte, sacando de la *ley filius emancipatus 14.in fin. princip.* ibi: *Sic inueni Senatum censuisse:* que lo juzgado por vn Consejo Supremo, no solo en el mismo indiuidu al caso, sino en el totalmente si-

simil, y en fuerça de exemplar, causa derecho. Y assi en semejantes sentencias se consideran dos fines: vno primario, y otro secundario: ò como se dize, vno proprio, y otro impropio. El proprio, ò primario es determinar la causa, que oyeron, l. qualem 19. §. 1. ff. de recept. & qui arbitr. receper. El impropio, ò secundario es, hazer senda por donde otros caminen. Ambos fines caen debaxo de la intencion del que obra, como enseña con Aristoteles el Angelico Doctor S. Thomàs 1. 2. *quæst. 26. quasi per tot.* Y en esta sentēcia dirèmos sin impropriedad, que auiendo determinado la causa en el juizio de tenuta, amaestra, como se debe determinar, no estando en diferentes terminos, en la causa de propriedad, que es el fruto de las doctas, y graues sentencias de tales Senados como enseñan, y encarecen, Thesauro *en el proemio de sus decisiones, num.* 32. *& seqq.* Christinæo, 1. *tom. decis. Belgicarum. decis.* 1. *&* 2. *per totas.* Octauian. Cacheran. *decis.* 1. *Pedemontan. num.* 44. *& decis.* 22. *num.* 16. Arias Pinell. & Additio interlinealis *in l.* 2. *C. de rescind. vendit.* 2. *part. cap.* 4. *num.* 2. Petrus Rebuf. *ad concordata Franciæ, verb. summas privil.* 23. Anton. Gabriel. *lib.* 2. *sententiar. tit. de sentent. conclusione* 7. *num.* 22. & alij apud ipsos quos non moror.

260 En los primeros numeros la informacion de Granada, con vn lugar de Paz, que cita, y otros pocos Autores, se despide de esta instancia, tratandola tan perfuntoriamente, que àpenas haze della caso, solo nota, que la sentencia de tenuta, no haze cosa juzgada en la propriedad, y que en ella se debe disputar la causa, como si à la Chācilleria viniera sin determinaciō. Las que se dieron en Madrid por el señor Duque insistieron, y persistieron en que la causa de furor, y semejantes excepciones no vienē en el juizio de tenuta; fundando lo contrario con todo conato las informaciones desta Corte, escritas en fauor del señor Marquès de Leganès. Ligereza parece ponerme aora de parte de los contrarios, y dezir, que todo se determinò, y debiò determinar: y alguna vez se ha dicho de la Abogacia, que *Vertit velum ad contrarios ventos.* Con todo no dexarè de dezir, que determina el juizio de tenuta, por venir en èl; que derecho causa: que es lo que remite, y porque lo remite: q̃ es lo que no cabe en el termino de su instancia. Conoceràse la ventaja, con que ya litiga el señor Principe Duque de San Lucar, por posseedor tenutario; esto segun las opiniones comunes, y comunmēte recibidas: y dirè a lo vltimo algo nueuo de la fuerza de la sentencia de tenuta, quando el juizio de la propriedad, que se ventila en las Chancillerias no alcança mas, ni instruye mas el processo, que lo estaua pēdiente en el Consejo. Para responder a otra nouedad, que quiso introducir en el segundo tomo Don Christoual de Paz, que comunmente la veo desestimada por hombres doctos, y politicos en materia de tenuta. El

261 El derecho comun; que investigò sutil, y profundamente la essencia, y propriedades de la possesion, dexò determinado, que no passasse en el sucessor, aunque fuesse vniuersal, como es el heredero, *l. cum miles*, 23. *ff. de adquir. possess.* Pero muchos estatutos de Europa, sacados de la *l. cum miles*, 30. *ff. ex quib. caus. maior.* tienen introducido, que se passe en el heredero con solo el acto de aceptacion: sin otra aprehension corporal, de quibus multi Veteres apud Gometium *in l.* 45. *Tauri, num.* 111. Gregor. *in l.* 2. *glos.* 2. *tit.* 30. *part.* 3. Menoch. *de recuperand. remed.* 1. *quæst.* 37. *per totam.* Vazq. Menchac. *lib.* 2. *illust. cap.* 52. *a num.* 20. *& in leg. si quando*, 35. *ex num.* 30. *C. de inofficios. testam.* Tiraquel. *de iure constitut.* 5. *part. declarat.* 1. 2. *&* 3. Anton Faber. *de errorib. Pragmaticor. decad.* 5. *error.* 4. D. Valentia. *lib.* 1. *illustr. tract.* 2. *cap.* 4. *num.* 9. *& seq.* Bien sea verdad; que en nuestros Reynos no està admitido este derecho de transmission de possession en el heredero, vt dixi alibi, & docent cum plurimis, quibus abstineo, D. Olea *de cession. iur. & action. tit.* 6. *quæst.* 5. *num.* 1. nuperusque Additionator Gomecij, *ad tom.* 1. *variar. cap.* 2. *num.* 3. De estos estatutos debiò de tener origen para su caso *la l.* 45. *de Toro* (quæ hodie est *l.* 8. *tit.* 7. *lib.* 5. *Compilat.*) que dispuso assi: *Mandamos, que las cosas que sean de mayorazgo, aora sean Villas, ò Fortalezas, ù de otra qualquiera calidad, muerto el posseedor del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension, se traspasse la possession ciuil, y natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del mayorazgo debiere de suceder en èl.* Muchas dudas especulatiuas tiene esta ley; pero en quanto al acto practico, es llano, que aunque las cosas estèn posseidas por otro; y aunque el sucessor sea incapaz de animo, y voluntad, obra su efecto en quanto à ambos generos de possessiones, ciuil, y natural, docent Regnicolæ præcitati, & Matienzus *in dict. l.* 8. *gloss.* 1. *num.* 8. *&* 9. Azeued. *num.* 33. *&* 34. D. Gregorio Lopez Madera *cap.* 17. *animadvers.* multi, apud D. Oleam. *vbi proximè num.* 23.

262 Vna cosa decide, y tres supone: decide, que se traspasse la possession ciuil y natural; supone la primera que aya Mayorazgo; la segunda, que conste dèl por disposicion; la tercera, que aya llamamiento para el que pide possessiõ real, y actual. Y assi este beneficio no se parece tanto al edicto del D. Hadriano en que basta, mostrar testamento cabal en la forma exterior, *l. vltim. C. de edicto D. Hadr. toll.* como al interdicto quorum bonorum, en que no obtiene, sino es el que prueba lo que dize la *l.* 1. *C. quor. bonor.* ibi; *Non alitèr possessor constitui poteris quam si ei defuncti filium esse, & ad hæreditatem, vel bonor. possessionem admissum probaueris.* Esto seria en su caso, quando estè instituido por titulo de herencia; pero si estuviere instituido por titulo de legado, ò por contrato entre viuos, no tendrà comparacion con aquel interdicto, sino con otros re-

medios mas especiales, de quib. in *l. si stipulatione* 5. *ff. de adquirend. possess. l.* 3. *C. de pignorib. & alijs.* Lo cierto es que la *ley* 45. dispuso el traspasso de la possession, pero que no diò essencial forma, ni fuero, para pedir la corporal que faltaua, dexandolo a la disposicion del derecho comun, docent Palacios Rubios *in l.* 45. *Tauri. num.* 1. & ibi Castillo *num.* 5. sequentes veteres, qui multo ante eius editionem scripserunt, Oldradus *cons.* 223. Paulus de Castro *lib.* 2. *toto consil.* 3. Pero en este tiempo, ninguno de los Autores del Reyno, que escriuieron sin ver mas que la ley 45. dudò, que era vn remedio interdictal, pero con causa de propriedad admixta, que requeria se fundasse la calidad de el Mayorazgo; el valor de la disposicion, ò instrumento en que estriuaua; y el caso del llamamiento, trayendo a simili la *l.* 2. *§. quadam, ff. de interdict.*

263 La que dispuso la forma del juyzio, fue la *ley* 9. *tit.* 7. *lib.* 5. promulgada en las Cortes de Madrid año de 1543, que es la explicatoria de la *ley* 45. que es la antecedente, y refiriendose a ella dize: *Mandamos, que quando alguno, ò algunos ocurrieren al nuestro Consejo sobre pleytos, y causas de Mayorazgos, ò sobre el remedio de la ley passada, &c.* De esta Prematica, aunque no estaria recopilada, y de su efecto hizo mencion el señor Presidente Covarr. *lib.* 3. *variar. cap.* 5. *num.* 6. *versic. Et prætereà*, in nouissimis editionib. El efeto era poner al que venciò en la *Tenencia de los bienes*, desde aqui se començò a llamar juyzio de Tenuta, D. Paz *capit.* 2. *à num.* 10. La forma del juizio, fue hazer dos instancias de vista, y reuista; en la primera se dieron cincuenta dias para probar; en la segunda quarenta: executauase la sentencia de reuista, y se metia en la tenencia de los bienes al que la obtenia, aunque el contrario estuviesse en la possession, en virtud de la sentencia de vista: y como en el Consejo no se daua mas que tenẽcia, el pleyto se remitia a la Chancilleria, no solo en quanto a la propiedad, sino en quanto a la possession. De suerte, que si miramos lo que se ventilaua en dos instancias, era mucho; pues era todo lo que requiere la *ley* 45. para traspassar la possession en el sucessor. Si miramos a lo que se conseguia, era muy poco; esto es vna possession interinaria, vna tenencia de bienes, como reparò el señor Presidente Covarrub. *in practicis cap.* 23. *num.* 8. *versic. Pari sanè iure.* Con q̃ quedaua agrauiado remedio tã fertil, y de tanta inuestigacion, y disputa como el de la *ley* 45. Y los Autores indecisos en ver, que conocimiento de causa se auia de tomar para remedio, que a tan poco se estendia; si auia de ser como en los juizios sumarissimos en que paraua, ò como pedia la ley cõ mixtura de propriedad para calificar los tres requisitos que pedia, vt videre est apud D. Molina *lib.* 3. *capit.* 13. *à princip.* Mieres 3. *part. quæst.* 12. *etiam à principio.* D. Paz *cap.* 2. 5. 6. & 7. & *cap.* 24. & 50. *num.* 12. & *cap.* 63. *num.* 12. & 13.

Re-

264 Reconociendo estos inconvenietes en las Cortes de Toledo, año de 1560. se promulgò la Pragmatica, quæ est, *l. 10. eiusdem tit. de los Mayorazgos*, en que se derogò vna gran parte de la antecedente, en quãto al efecto de la sentencia, no en quanto a la formalidad del juyzio; y se mandò, que solamente la remission se hiziesse a las Chancillerias, *quãto à la propriedad, y no assimismo quanto à la possession; demanera, que la sentẽcia, y determinacion del Consejo sea, y se entienda ser en possession; y que sobre lo assi sentenciado, no aya, ni pueda auer otro pleyto, y juyzio de possession.* Todo esto se hizo, para cortar instancias, y acabar con lo possessorio de vna vez, con la determinacion del Cõsejo, aunque en estas Cortes no se quitarõ las dos instãcias de vista, y reuista en la sentencia, y juyzio de tenuta, deuiase de suplicar segunda vez a la Persona Real, con la pena de las mil y quinientas, hasta que el año de 1565. se prohibiò se pudiesse suplicar con ella, *l. 14. tit. 20. lib. 4. Compilat.* Todas estas leyes alcançò el señor Luis de Molina; pero la que no alcançò la de el año de 1595. en que derogando las dos leyes de Madrid, y Toledo, 9. & 10. ya citadas en quanto a la forma del juyzio; se mandò, *que en los pleytos de* TENVTA, *y* POSSESSION, *que de alli adelante se començassen en el Consejo, no aya, ni pueda auer suplicacion, ni otro remedio, ni recurso de la primera sentẽcia que en ellos se diere. Y que el pleyto se remita luego en propriedad con la dicha sentencia à las Audiencias, donde las partes sigan su justicia.* Et hoc iure vtimur, quod exstat *in l. 5. tit. 19. lib. 4. compilat.* auiendose subrogado ochenta dias, para probar en vna instancia, en lugar de los nouenta, que por las leyes 9. y 10. se dauan en ambas.

265 Estas son las leyes de el Reyno, que tratã de la formalidad, y efecto de el juyzio, y sentencia de tenuta, y las que aplican, ò explican el remedio de *la ley 45. de Toro.* Acerca de su inteligencia pensò vna gran nouedad el señor Don Christoval de Paz *en el cap. 69. de la 2. part. de tenuta*, como èl mismo confiessa, y se jacta, *num.* 17. que si fuera cierta, destruia toda la eficazia que las leyes del Reyno le han querido dar, aunque le cita Narbona *in d. l. 5. glossa* 1. no me parece que añade numero, porque refiriẽdole suspende el juyzio, por no le interponer en materias tan proprias, y peculiares de la practica de el Consejo, que èl no professò. Dize, pues, que el remitirse la propriedad a las Chancillerias, es por dos fines. Vno, porque como *la l. 45. de Toro* traspassasse en el que se probasse legitimo sucessor la possessiõ ciuil, y natural de los bienes de el Mayorazgo, y por *la l. 9.* solo se diesse *la tenencia*, que significa insistencia, incubacion, y possession natural sin efectos, *l. naturaliter* 12. *ff. de adquir. possess.* venia la sentencia a dar menos, que lo traspassado por la ley. Por lo qual, y por cumplir el efecto de todo lo que auia dado *la l. 45.* se promulgò *la l.* 10. reseruan-

d

do solamente el juyzio de propriedad, para las Audiencias, y feneciẽdo en el Consejo todo lo possessorio. Este dize que es el vn fin, de que yo no me aparto, por tenerle por vn discurso muy legal, y muy arreglado à las dos leyes. El segundo fin dize, que es el deseo de que todas las pretẽsiones de possession se absolviessen con vna sentencia de tenuta, y solo se controvirtiesse despues la propriedad. Tambiẽ es cierto, y consta de la præfacion *d.l. 5.tit.19.lib.4.Compil*, de la Pragmatica original, de que saliò la l. 9. que trae a la letra Paz *cap.2.num.*12. De tales principios la consequencia que saca, es esta, que este juyzio de tenuta es interdicto possessorio; pero no absoluto totalmente, sino restricto à la calidad, y naturaleza de tenuta: *id est, possessionis naturalis tãtùm, absque efficatia possessionis ciuilis.* Y que aunque este interdicto absuelve toda la causa possessoria: con todo esso, en quanto a la causa de interdicto queda sumario, y momentaneo. Ninguna cosa se puede dezir menos consiguiente a su misma doctrina, la sentencia absuelve toda la causa possessoria; y en quanto a la causa de interdicto, queda sumario, y momentaneo. Yo de verdad, que no hallo sentido en estas palabras, pues siendo el fin de la ley, como dize Paz, acabar con vna sentencia todo lo possessorio que *la ley 45. de Toro* auia traspassado, como puede reducirse la determinacion a interdicto momentaneo, sin comprehender la possession ciuil?

266 No hallo en todo el capitulo mas que dos fundamentos para introducir esta nouedad. El primero es, *à nomine*. El segundo, *à forma iudicij*. A nomine, porque despues que por *la ley 9.* ibi: *Tenencia*, se llamò juyzio de tenuta, no ha mudado el nombre, que es el q̃ suele significar la essencia de las cosas, *§. Est, & aliud inst. de donat.* Pero este argumento facilmẽte se retuerce contra Paz, porque *en la l.* 10. se mudò el nombre de tenencia en possession, ibi: *Lo determinado en el Consejo, sea sobre la possession, dict. ley* 14. *titulo* 20. *libro* 4. ibi: *Sobre la possession de los bienes.* Y la *ley 5. titulo 19. eodem libro* 4. junta ambos nombres, ibi: *Los pleytos que en el nuestro Consejo se tratan sobre tenuta, y possession de mayorazgos.* Y aunque la possession tota est facti, *l. 1. § si vir vxori, de adquir. possess.* Con todo esso, por lo que à la justa y ciuil presta el derecho de efectos, se tiene, y es en este sentido por nombre de derecho, *l. possessio 49. ff. eod. tit.* D. Valent. *lib. 1. illustr. tract. 3. cap. 11. num. 7.* Donell. & Osuald. *lib. 5. commentar. cap. 6. lit. H*, Y assi, pues se llama ya juizio de tenuta, y possession, y no de tenencia, no es cierto dezir, que persevera en el mismo nombre. Antes serà consiguiente, que sea ya muy distinto vn juizio de otro; pues no conuiene en el nombre, *l. si idem. C. de Codicil.* El segundo argumento à *forma iudicij*, se fórma assi: en el juizio possessorio plenario se procede plenariamente, y con las dilaciones que pide vn entero conocimiento de causa, termino ordinario de prue-

prueba, tachas; publicaciones, &c. En el juizio de tenuta el termino de ochenta dias es sumario, y con todos cargos, con el qual se conclu-ye à todo lo que en èl puede venir. Luego diferente es la forma, y por el consiguiente el efecto en quanto al interdicto. Este argumento, por ser de pura formalidad puede apretar poco; pues por lo menos no negarà, que sin embargo de lo sumario del conocimiento, absuelue todo lo possessorio, que es el propio, y verdadero efecto de este juizio. Porquè no faltando al conocimiẽto, que piden los negocios para la recta administracion de justicia, q̃ esto es de derecho natural; puede la ley, y el Principe abreuiar los terminos, y dilaciones de los juizios, dexandolos, y dandolos la misma eficacia, que quando eran prolongados en instancias, y dilaciones; y aun mas, como vemos en este mismo juizio de tenuta, que por la *ley* 9. no daua mas que la tenencia, saluo el derecho de propriedad, y possession: y por la ley 10. con las mismas dos instancias de vista, y revista, diò todo lo possessorio; y la ley vltima con vna misma sentencia, y ochenta dias, diò lo mismo. Esta doctrina es de la *Clement. Pastoralis, de re iudicat.* juntando las dos insignes *Dispendiosam de iudicijs.* y su explicatoria: *Sæpè de verb. sign. l.* 42. *tit.* 18. *part.* 3. docent ibi Gregor. & Dom. Couar. *capit.* 23. *practicar. nu.* 6. *per totum.* Thesaur. *decis. Pedemontan.* 14. *num.* 4. Petra *de potestate Principis*, *cap.* 20. *à num.* 60. Dom. Solorç. 2. *tom. lib.* 2. *cap.* 27. *nu.* 91. *& seq.* Thom. Sanc. 1. *tom. consil. moral. lib.* 3. *cap. vnico. dub.* 4. *& dub.* 10. Martinez de Prado. 2. *tom. Theolog. Moral. cap.* 23. *quæst.* 3. *num.* 6. *&* 7. 16. *&* 21. Illustrissim. Archiepiscop. Hispalens. Tapia, 2. *tom. Cathen. Moral. lib.* 5. *quæst.* 10. *artic.* 5. *vbi se refert.*

267 Esto mismo auia sentido el señor Paz en los capitulos antecedentes. Porque auiendo conferido con el sumarissimo del interim el remedio de la tenuta, en el *cap.* 2. en el 3. desde el num. 9. funda latamente, que se requiere la misma justificacion, para obtener en tenuta, que para vencer en la propriedad. Y en el *cap.* 5. *desde el num.* 13. enseña con juizio, que no se debe comparar al sumarissimo del *interim*; sino el interdicto, *Vti possidetis*, y que no se debe llamar juizio de tenuta, sino de *Possession.* y aqui cita el *§. Est, & aliud. inst. de donat.* que para tan contrario intento, bolviò à citar *in dict. cap.* 69. y en èl *cap.* 6. *à num.* 7. prueba lo q̃ debe fundar el que ha de vencer en èl juizio de tenuta; que es lo mismo que se pide para el de propriedad; y vltimamente en el *cap.* 38. prueba con gran magisterio, que quantas excepciones se admiten en el juizio de propriedad, se admiten en el de tenuta; tocantes à los bienes, si son, ò no de mayorazgo; al instrumento, si es falso, legitimo, valido, ò inualido; al que litiga, si es legitimo, natural, ò espurio, si tiene, ò no; las calidades requisitas en la fundacion, masculo, agnado, noble, limpio, sustan-

ciales, ò accidentales. Y dize, que esto es, y se debe entender, en todo quanto cabe dentro del termino de los ochentadias. que diò la ley por fatal, y peremptorio. Porque para lo que en èl no se puede probar, y para lo que no alcança esta breue dilacion; se remite à las Chãcillerias el juizio de propriedad, ita *cap. 6. nu. 17. & cap. 7. num. 24.* Este es el estilo del Consejo, y la doctrina, que concordemente se tiene por assentada; enseñanla D. Mol. & Addentes, *lib. 3. cap. 13. num. 24. & 25.* D. Salg. *de Reg. protect. 3. part. cap. 12. a princip.* Noguerol. *allegat. 23. nu. 136. & seqq.* D. Vela *1. tom. dissert. 14 nu. 10.* apud quos alij, quos non cito. Y assi aunque en las informaciones en derecho se suele gastar mucho papel en discurrir, que excepciones se admiten en los juizios possessorios, con grãde, y comun abundancia de Autores Estrangeros, que admiten vnas, y excluyen otras: nuestra practica no necessita desta disputa; pues las admite todas indistintamente; y las juzga, como, y en la forma que se aduxeron, y probaron dentro de los ochenta dias, no perjudicando à la mayor, y mejor probança, que se pudiere hazer en el termino plenario: con que auemos satisfecho à la informacion de Granada: pues es cierto, que quantas excepciones oy se oponen, y ventilan contra el poder de Toro, se opusieron, y ventilaron en el juizio de tenuta, con las mismas probanças, en lo sustancial, que oy se questiona; con los mismos instrumentos. Y assi para rescindir lo juzgado en el Consejo, no puede auer nueuo, y valido motiuo; si no diferencia de juzgar; teniendo por injusto lo que el Consejo tuvo por justo.

268 Deste principio sale otro, de que no pudo desembaraçarse el señor Paz *dict. cap. 69. num. 7.* que es igualmẽte assentado en derecho, y en censura de los Autores; y es, que el posseedor, por sentencia de tenuta, como tan justo posseedor, *l. iuste possidet 11. de adquir. possess.* vence solo por serlo, mientras el actor no prueba concluyentemente su intẽciõ, *l. is qui destinauit 24. ff. de iudicijs*, que se tiene por texto formal desta materia, dize assi: *Is qui destinauit rem petere, animaduertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem: quia longè commodius est ipsum possidere, & ad aduersarium onera petitoris compellere, quam alio possidente petere.* Lo mismo prueban la *l. 2. ff. vti n possidetis, §. Retinenda, vers. Cõmodum, inst. de interdictis.* Y aũ generalmente vale en qualquier posseedor, que vence con solo serlo, *l. vt frui 5. ff. si seruit. vindicet. l. vlt. C. de rei vindicat.* iunctis, *l. actor quod asseuerat. C. de probat. cap. in pari. de reg. iuris in sexto*, cum alijs plurimis. Y assi, es fundamento proemial, ò præliminar en todas las informaciones que se dàn en las Chancillerias, por los que ganaron la tenuta en el Consejo, que deuen obtener en el caso dudoso, y solo pueden ser vencidos en el caso claro, que no quiero dilatar aqui, por ser tã cierto como vulgar, y por acabar este pa-

papel ya con vna obseruacion propria, que por serlo, merece el postrer lugar, y quedarà al arbitrio de los señores Iuezes, que estimacion merezca.

269 Tres juyzios ay de possession en nuestra practica, sumarissimo, sumario, y plenario. El sumarissimo se llama *interim*, segun *la practica* 17. del señor Presidente Couar. Sumarios son todos los interdictos, porque como se ventilassen ante el Pretor, sin la formalidad de Iuezes dados, y por extraordinarias acciones, *l. actio* 47. *ff. de negot. gest.* de qua Ræuard. *de auctor. Prud cap.* 3. Vulteius *lib.* 1. *de iudic. cap.* 2. *ex num.* 13. noster Pichard. *in §. vlt. de successor. sublatis, & ad §.* 1. *de obligat. quæ ex quasi contract. ex numer.* 34. *& in §. actionum* 28. *inst. de act. quæst.* 1. & alij, quos adduxi *libr.* 3. *analecto de interd. & releg. num.* 83. Eran los terminos arbitrarios, y las dilaciones, como al Prætor parecia, para enterarse del momento de la possessiõ, vt docet latissimè agens Petrus Friderus Mindan. *de interdictis, siuè extraordinarijs actionib. quæ pro his competunt commentario* 2. *&* 3. *per tota.* & minori cum distinctione, nec semel cõfundens interdicta cũ actionibus pro possessione D. Salgadus, hac mente accipiendus 3. *part. de protectione Regia. cap.* 10. *à princip. vsque ad num.* 18. Y la acciõ publiciana, se llamò juyzio plenario de possession, assi por la forma, ò formalidad del juyzio, que era como el de la propriedad, *l. sed et si* 6. *§. Publiciana, ff. de Publician.* vt ad hunc text. notaui, *libr.* 8. *Opusculor.* como porq̃ acaba, y absuelve todo lo que se puede tocar a cerca de la possession, sin dexar mas que ventilar en ella, *l. exitus* 35. *ff. de adquir. poss. l. ordinar.* 13. *C. de rei vindicat.* quæ fuit doctrina originalis Bartoli *in Extrauagãti ad reprimendum, verb. Figura,* Capicio *decis.* 55. *num.* 3. D. Couarrub. *lib.* 1. *variar. cap.* 4. *nu.* 7. *& cap.* 17. *practicar. num.* 3. 4. *&* 5. Masuer. & alij apud D. Paz *cap.* 7. *per totum, & d. cap.* 69. *num.* 12.

270 Este possessorio plenario se llama comunmente por los practicos *possessorium iuris*, vt cum multis docet D. Olea *tit.* 6. *quæst.* 5. *ex num.* 23. la razon diò el insigne Interprete de los Consultos Iacobo Cuiacio *lib.* 28. *qq. Papin. in l. si cum venditor* 66. *ff. de euict.* porque en este juyzio plenario se disputa de la causa, ò titulo de posseer, del modo de adquirir, y retener la possessiõ, y de todo quanto parece dominio, y propriedad, no lo siendo en la verdad, que se llama possessiõ coniuncta dominio, aut veluti dominio, *aut vt breuiùs dicam. coniuncta iuri perpetuo.* Es admirable exemplo el de la misma *ley si cum venditor.* Supongo todos los principios; y el caso es, que auiendo el comprador de vna cosa perdido la possession de ella sin su culpa, para vsar despues contra el vendedor del regresso de la euiccion, le denunciò, como la queria vindicar en virtud de el dominio, que su venta le auia traspassado, que assistiesse, y coadjuuasse su vindicacion, con protesta, que si en ella saliò vencido, se bolveria contra èl. El vendedor le aconsejò, que in-

intentasse el juyzio possessorio plenario, ò publiciana, que avoca la possession, con derecho perpetuo, semejante a dominio, y no se arrojasse a intentar la reiuindicacion; porque era muy dificultoso probar el proprio, y verdadero dominio. No siguiò este consejo el comprador, y intentando la reiuindicacion directa, saliò vencido. Dize Papiniano, que por auer elegido mal, no tiene el regresso contra el vẽdedor, porque èl se quedara con la cosa comprada, si vẽciera en el possessorio iuris, ò plenario, que califica el titulo, hasta q̃ en contrario se prueba el justo, y pleno dominio. Por esso esta accion publiciana, es tan cõueniente, tan vtil, que al mismo Señor verdadero se le dà, y aprouecha, quando duda si alcançarà à probar el justo dominio, Osualdo ad Donel. *libro* 20. *capitulo* 8. *litt. R. & S.* Conducitque doctrina Francisci de Caldas Pereyra *de empt. & vendit. cap.* 24. *ex num.* 29. Y dura su efecto hasta q̃ otro pruebe, justo, legitimo, y verdadero dominio, que sola esta excepcion, ò intencion probada, excluye, y euacua el efecto de el plenario de possession, ù del possessorio iuris. *leg. pen. & vlt. ff. de Publician. leg.* 50. *tit.* 5 *part.* 5. vbi Gregor. *glos.* 7. & 8. vbi Hermosill. laudat vtrunque Antonium Fabrum, & Pichardũ, Osuald. *dict. cap* 8. *litt. Aa.* Benedictus Pinel. *lib.* 1. *selectar. capit.* 17. Villadiego *in forma libellandi, num.* 74. Y assi el posseedor, que obtuvo en el plenario de possession, no vẽce ex solo iure, quo possessores sunt potiores illis qui non possident *d. l. vti frui, ff. si vsusfruct. petatur*: porque desta suerte, y con esse derecho vence el que no tiene justificado su titulo, ni funda mas que en su possession. *l.* 2. *ff. vti possidetis*: sino por otro derecho de mas energia, que es porque tiene quanto puede tener, y ha probado quanto puede auer probado, no se auiendo probado concluyentemente la propriedad. Luego hasta tanto, que otro pruebe plenamente el titulo y derecho que la propriedad requiere, queda el posseedor plenario con su especie, y opinion de dominio, y con su possessorio iuris pleno, è incontrastable: aunque las premissas son mias, la consequencia es de Mieres, 3. *part. in initio, num.* 16. & *quæst.* 24 *num.* 75.

271 Esta consequencia se fortalece con otra doctrina de el insigne Practico IuãGarcia *de nobilit. gloss.* 8. *per totam*: dize, que venciendo el Hidalgo el possessorio iuris, con la reserva, que se haze a fauor de l Fisco de la propriedad; si en este juizio no prueba el Fisco cosa nueua, y relevante, no derribarà al Hidalgo de la possession que tiene ganada, y formada con derecho perpetuo. Porque la reserva que se haze contra tal posseedor, es de accion, y no de autos; porque aquellos ya surtieron el efecto que deuian surtir en su juizio de possession plenario. Puedo assegurar, que la opinion de Garcia es practicada, y en su comprobacion se puede ponderar *el cap. cum venissent* 6. *de institut. vers. Nos*

igi-

igitur; donde el insigne Comentador del derecho Canonico, D. Præses, D. Emanuel Gonçal. Tellez no se olvidò *de la glossa* 8. citada con esta dotrina, se responde à vna objeccion, que contra mi opinion se me ha hecho, q̃ fuera inutil la remissiõ en propriedad a las Chancillerias, sino se pudiera juzgar en otra forma, que la que se juzgò en lo possessorio. Porque (respondiendo al argumento) la propriedad es la remitida, y fenecida la possession; y assi lo que se remite es lo que pende, *l. si lis* 11. *C. ad leg. Cornel. de fals.* y esso es lo que se ha de determinar, *l. Vnica, C. si de moment. posses. fuerit appellat.* Lo possessorio por fenecido, ni se remite, ni pide determinacion; con q̃ la accion que se intenta en las Chancillerias en fuerça, y en virtud de la remission, es la vindicacion directa, que se ha de instruir con mas valientes, y mas concluyentes fundamentos que lo possessorio; porq̃ comiença desde el termino, a que el possessorio no alcança, es como dixo Iuan Garcia remission de accion, y no de autos. Porque si fuera de autos, no fuera remission, sino revision, y revista. Ni los señores de el Consejo tienen limitado el termino para estudiar el processo, y hazer juizio dèl, toman el que les parece conveniente para determinarle, y le sentencian con la madurez que pide tal materia; para lo que tienen termino limitado, es para vestirle, y instruirle; porque se contenta la ley con el que pareciò bastante para instruir lo possessorio. Luego si se remitiera con los autos mismos, para que reformaran su juzgado las Chancillerias, no fuera remission de la propriedad, sino de reuista de autos. Haseme opuesto tambien, que cada dia se vè en las Chancillerias concluso vn pleyto de propriedad con dos peticiones, y con los mismos autos del Consejo, reuocar la tenuta, y adjudicar a el actor demãdante el Mayorazgo. Yà he dicho que no se debe mirar lo que se juzgà, sino lo que se debe juzgar, *l. licèt de officio Præsidis*. Y si es permitido responder con lo que sucede, dirè como quien ha servido en Chancilleria, que reuocar sentencia de Tenuta por los mismos autos, no es tan frequẽte, como se me opone; y por lo tocante a lo que puedo dezir de noticia propria, yo nunca lo vi.

272 Vltimamente se fortifica mi opinion con la dotrina comun de los Autores Clasicos, y Forenses, q̃ enseñã q̃ el possessorio sumario, quãdo non est plenè discussũ, no prejudica a la propriedad, y dexa lugar, a q̃ se dispute, y determine de nuevo, Bartulo *in l. Qui Romæ* 122. §. *Duo fratres n.* 7. *& ibi Crotus, de verbor. obligat.* Bald. *in l.* 2. *C. de edend.* Aretinus *in cap. causam quæ, de testib. num.* 29. Castrens. *cons.* 12. *col.* 1. *lib.* 2. Immola *cons.* 130. *num.* 3. Boerius *decis.* 43. *num.* 4. Faquineus *lib.* 10. *controvers. cap.* 80. D. Castill. *tom.* 5. *controvers. cap.* 104. *à nu.* 24. *vsque ad* 40. Pero si se discutiò plenamente, y con todo el conocimiento de causa, que pudo admi-

tir, para perjuizio à la propriedad lo juzgado, no en fuerza de executoria; porque sobre la propriedad, ni se viò, ni se determinò; sino porque si en las largas dilaciones de el juizio plenario, no se adelantò mas, no ay derecho para quitar la possessión legitimamente deuengada, y adquirida, por sentencia en juizio possessorio, que no se apela de ella, ni se trata de rescindir por apelacion. Docent antiquissimus Iacob. Butrigarius, qui fuit huius sententiæ Antesignanus *in l. Ab hostibus* 15. *§. Sed quod simpliciter, ff. ex quib. caus. maior.* Glossa *in l. 2. C. de ordin. iudic.* Bald. *in l. Nam & postea 9. in princip. vers. Sed quid si opponeret, & vers. Videtur dicendum, ff. de iur. iurand. & in l. Si iudex,* 1. *lect. num.* 3. *vers. Sed quæritur, ff. de his qui sunt sui, vel alieniiur.* Federic. de Sen. *q.* 198. *num.* 4. Felin. *in d. cap. caus. quæ, num.* 6. *vers. Sed restringitur,* Panorm. *cons.* 50. *num.* 7. *lib.* 1. Alexander magis ex professo, & qui huius sententiæ Coriphæus reputatur, *in l. 2. num. 2. C. de edendo, vers. Est, & alia conclusio, & in leg. à D. Pio* 15. *§. Si super rebus à num.* 4. *& in l. Sæpè, numer.* 81. *de re iudicata,* Franciscus Ripa *in dict. l. qui Romæ* 122. *§. Duo fratres, numero* 20. Decius *cons.* 96. *viso puncto, num.* 2. Socinus Señior *cons.* 255. *num.* 6. *lib.* 2. Iunior *in d. §. duo fratres num.* 60. Nata *cons.* 73. *ex num.* 35. Alexand. Raudens. *consil.* 17. *part.* 6. *ex numer.* 53. Caldas Pereyra *cons.* 9. *num.* 36. D. Valenç, *consil.* 68. *num.* 62. *&* 63. Decis. Ianuens. 3. *num.* 6. Franchis *decis.* 289. Barcius *decis.* 149. *num.* 6. Noguerol. *allegat.* 26. *num.* 337. Pet Barbos. *in l. diuortio* 8. *§. fin.* 2. *part. num.* 55. Gratian. *discept.* 445. *à princip.* Perez de Lara *de vita hominis, cap.* 27. *num.* 57. Petrus Surd. *de aliment. quæst.* 126. *tit.* 1. *numer.* 10. De suerte que executoriado el possessorio plenario por sentencia passada en cosa juzgada, para perjuyzio por los mismos autos, hasta que en el petitorio directo se derribe la possession por nueuas razones, y titulos que vençan la propriedad. Sed sic est, que oy se executoria todo el possessorio, con vna sentencia de Tenuta, como por la *ley* 10. se executoriaua por las dos de vista, y reuista, y con el mismo efecto. Luego sin nueuos autos, y releuantes, que vençan la propiedad, no puede el posseedor tenutario decaer de su possession. Si esta opinion es verdadera, ni podràn los señores Iuezes con este processo quitar al señor Principe la possession. Si por mia, y por nueua no lo pareciere, por lo menos no deberàn por la auctoridad de tan gran Senado, que teniendo presentes todas las razones que oy se cõtrovierten, le adjudicò los bienes con causa proxima a dominio en la sentencia de tenuta, que diò a fauor de su padre. Et ità speratur, salva in omnib. D. V. D. C.

Por decreto de su Magestad.

Doctor Don Ioseph Fernandez de Retes.

EPILOGO

EPILOGO, Y BREVE RESVMEN DE ESTA Informacion.



VN Que desee reducir esta informacion à mucho menor volumen del que lleua, porque reconozco que papeles largos causan fastidio à los Iuezes, y q̃ *nihil penè infinitum optimum est*, vt Iustin. inquit *in auth. vt determinatus sit numerus cleric.* Con todo esso, *serio opus aggressus huiusmodi esse comperui, vt properandum in eo mihi fuerit, non festinandum.* Ha sido menester responder a vna informacion que se hizo en Granada, de gran volumen, que consta de 1235. numeros, leer, y hazer juizio del memorial ajustado en aquella Chancilleria, de 526. fojas. Hazer juizio de muchos, y muy varios instrumentos, en que vna, y otra parte funda. Manifestar el hecho con sus causas, ponderando cada disposicion de porsi, y tuuo por impossible Quintiliano *multa paucis comprehendere*, sin incurrir en el vicio notado por Horacio: *Breuis esse laboro, obscurus fio, sectantem leuia, nerui deficiunt.* Para aligerar pues à los señores Iuezes del trabajo, y que recurran con breuedad à aquella parte que quisieren sugetar à su examen, me ha parecido conueniente titular sobre plana toda la informacion, y reducirla aqui à vn breue Epilogo, de que puedan entresacar lo que gustaren, con facilidad, que sea vn indice de todo el tratado. *Vt qui vniuersum Orbem in tabulà pingunt, aliquo detrimento magnitudinis, nullo dispendio veritatis.*

Lipsij verba ex pi ctione in Tacitum

In Arte.

Auson. in Paneg ad Gratianum.

§. 1. *hasta el num. 4.*

Hazesse juizio de la fundacion del año de 1624. hecha por los dos señores Conde, y Condesa de Oliuares, contiene la agregacion de Grandeza, y Estados, hecha à la Casa de Oliuares: viuia, y estaua por casar la señora Doña Maria de Guzman, hija vnica de sus Excelencias. Dizesse que es papel simple, y sin fee, por los defectos de formalidad que tiene. No conduce al pleyto.

§. 2. *desde el num. 5. hasta el num. 25.*

Tratase de la fundacion que se hizo el año de 1628. despues de muerta la señora Doña Maria de Guzman, Marquesa de Liche, muger que fue de el señor Ramiro Nuñez de Guzman, Marques de Toral, Duque de Medina de las Torres. No tiene mas llamamientos q̃ de los de la linea efectiua, descendientes de dichos señores, si los huuiesse: estiendese tambien à los naturales, y bastardos de el señor Conde Duque. Hazesse desde luego vn reparo grande en fauor de la Casa de Toral, y Medina de las Torres, que en caso que este mayorazgo parasse en hembra, no auiendo descendiente de dichos señores, quiso que se huiesse de casar con los de Ramiro Nuñez

de Guzman; prefiriendo estos a los de la Casa de Medina Sidonia, y de su abuelo, y de el Conde Don Enrique su padre, para que por este camino se buelva a hazer la Iunta que nosotros auiamos procurado. Tambien se repara, en que disuelta la afinidad, por muerte de la señora Marquesa de Liche retuvo para sus sucessores, y puso entre los timbres de sus Armas las tres letras initiales, P.G.L. *primam Guzmanorum lineam.* Todo esto, para que se reconozca quan antigua voluntad de el señor Conde Duque fue preferir la persona, y descendencia del señor Ramiro Nuñez de Guzman à sus transuersales; y que el auerlo executado assi la señora Condesa, fue por dictamẽ comunicado, y participado de su marido.

En esta fundacion reseruò para si la señora Condesa el vsufruto; en caso que sobreuiuiesse al señor Conde Duque. Y estando a la muerte en la Villa de Madrid a 9. de Setiembre de 1647. diez y nueue años despues se acordò della, para ceder el vsufruto en el segundo Marques de Mayrena Don Gaspar, y en la señora Doña Iuana de Velasco su madre, como su tutriz, para que desde luego tomasse la possession de los bienes. Desta cession arguyen los Abogados, que se quiso apartar del titulo de heredera, que tenia por el poder de Toro, porque es incompossible ser vno, y otro. Reparase de camino, que esto no es dar valor al testamento del año de 1642. que es lo que intentan, sino a la disposicion del año de 28. en que no tienen llamamiento. Y porque para fundar su doctrina, se valen de la *l. filius emancipatus* 30. *de minor.* y de la *l. Clodius Clodianus* 97. *de adquir. hæred.* se explican, con que queda desvanecida su induccion.

Descubrese auer sido arte de los Abogados del Marques de Mayrena, a consejar a la señora Condesa, que hiziesse esta cession, para constituir desde luego posseedor al Marques de Mayrena, contra las pretensiones de el señor Don Luis de Haro, porque en opinion probable, y seguida en el fuero, el vsufructuario possee naturalmente, y puede hazer al proprietario posseedor natural, por clausula de constituto. Dizese, q̃ al derecho q̃ el Marques tenia, por la disposicion hecha en execucion del poder de Toro, se le quiso añadir esse titulo, por la cession, que no era contrario, sino coadjubante, porque miraua al mismo fin: y siendolo, no demuestra apartamiento de la primera voluntad, sino mayor perseuerancia en ella. Y se nota, que tanta obra, como dar por nulo vn poder para testar, y por euacuadas todas las disposiciones en su virtud fechas, requeria mas expression, que el acto de hazer vna cession, por ser cosa tan notable. Tambien se pondera la forma de la cession, y el Autor que la formò, ò dictò.

§. 3. *desde el num. 26. hasta el num. 60.*

Aqui se trata de la fundacion del Estado de Mayrena, a 14. de Abril de 1642. por contemplacion del matrimonio que se celebrò entre Don Enrique Felipez de Guzman, y la señora Doña Iuana de Velasco, y sus descẽdientes limitadamente; de forma, que faltando, desde luego que dassen los bie-

bienes incorporados en la Casa de San Lucar con las condiciones, y grauamenes della, para que este Mayorazgo se juzgue por vno con el de aquella Casa, y se suceda por la disposicion della. Despues de lo qual el señor Conde Duque reserua en si facultad, para disponer destos bienes, como le pareciere, y por bien tuviere, sin que de ellos se adquiera dominio a ninguno otro, que a los descendientes de aquel matrimonio. Y caso que no disponga, se agreguen a los Mayorazgos de San Lucar, porque la voluntad de los señores es, que en dichas Casas se suceda reciprocamente.

Los Abogados de el señor Marques de Leganès han intentado diuidir estas Casas, con fundamentos mas especulatiuos que practicos; y despues de diuididas, intentaron que la sucession de la de Mayrena se auia de deferir, por la disposicion del testamento del año de 1642. que para esto quisieron que siruiesse de indicacion de voluntad, y declaracion de la reserua hecha por el señor Conde Duque, aunque para otra cosa no valiesse, y se huviesse roto por el poder de Toro. Monstrosidades son estas en jurisprudencia, pero opuestas, y fundadas seriamente, no se han podido omitir, porque parecieran consentidas, sino se les diesse respuesta. El primer fundamẽto fue, que viuiendo el primer Marques de Mayrena, quando muriò su padre, y el segundo, quando murio la señora Cōdesa estauan estos bienes vinculados, y en poder de tercer posseedor: y asi, que no se pudieron incluir en el cumulo de bienes, que el difunto dexò al tiempo de su muerte, que es la herencia. Respondese con vn principio muy triuial de derecho, que la reserua que en el contrato matrimonial hizo el señor Conde Duque, de que quedassen libres estos bienes, y a su disposicion, si faltassen descendientes de aquel matrimonio, fue vna accion condicional que se reseruò; y esta que proviene, ò nace de contrato: con lo qual como derecho condicional ex contractu, puede comprehenderse en el cumulo de bienes, derechos, y acciones, de que se compone el *ius hæreditatis*, à diferencia de las acciones cōditionales pro legatis, aut fideicommissis, que nacen de testamento, que estas no son transmissibles en los herederos. Mudase de intento, y se mueue question de voluntad, si querria el señor Conde Duque comprehender en la institucion del poder de Toro estos bienes que auia donado a sus hijos con titulo tan especial? Porque los que por donacion, aunque no perfecta, separò antes de su patrimonio, no vienen en la institucion de heredero. Respondese con el mismo contexto, que ninguna cosa fue mas de su voluntad, que el que faltando descendientes, ò auiendolos, que heredassen la Casa de San Lucar, se agregasse a ella la de Mayrena. Explicase ex professo la *l. sequens 68. de legat.* 2. que torcidamente se inducia para probar el intento, siẽdo su caso muy diuerso. Variase tambien de medio, y se dize, que aquellas palabras, de que vsò el señor Conde Duque, *reserua en si*, son de eleccion personal, intransmissible al heredero. Respondese, que es muy diferente vsar de vna reserua, que hazer eleccion: que el derecho de vsar de reserua, como proprio, & iure proprio competens, siempre passa al heredero. Que la eleccion, ò se dà por otro, ò se reserua por si mismo. Aquella no passa, y esta si, que

que la palabra *para si*, no induce derecho personalissimo, sino designacion de persona, ni impide que se transmita. Y se explica cõ propriedad *la l. apud Aufidium 20. de optione legata*, para manifestar que no es del intento.

Vltimamente, se atreuieron a prescindir los Abogados el efecto del valor del testamento de Madrid, diziendo, que aunque no valiesse para dar la sucession de la Casa principal de San Lucar, y agregados, auia de surtir efecto de explicar la voluntad reseruada de su Excelencia, en quanto a la Casa de Mayrena. Y que supuesto que en esta voluntad tiene primer grado la Casa de Leganès, que la de las Torres, por lo menos auia de suceder en ella. Si esto fuesse verdad, todo el intento de los señores fundadores se trabucaua. Demuestrase claramente que no lo es, y se explica la regla que sacan los Autores de *la l. vlt. ff. de reb. eor.* inutile testamentum ad disponendum sufficit ad declarandum.

Todos estos puntos, y los tratados en el §. antecedente, son metaphysicos, sophisticos, y insustanciales de principios, no bien aplicados. Pero se han tratado, por lo que se ha dicho.

§. 4. *con su apendice, desde el num.* 61. *hasta el num.* 119.

Contiene el testamento cerrado que otorgò el señor Conde Duque en esta Villa de Madrid à 16. de Mayo de 1642. Diuidese en tres puntos.

En el primero se Epiloga el testamento, y se haze mencion por menor de la fundacion de la Casa de San Lucar, y demás fundaciones de pias memorias, para que mandò se impusiessen ciento y cinquenta mil ducados de renta, sin mucho caudal presente, solo en fuerça de las esperanças que le pudieron dar el valimiento, y larga vida en èl; y las mercedes que de la benignidad de su Principe pudo esperar. Auiendose hecho reseña desta disposicion, y cotejada con el Estado en que muriò retirado en Toro tres años despues, auiendo salido del Palacio, y de la Corte el siguiente, cortado el hilo de la vida, y frustradas tan largas esperanças; se dize, que si quisiera morir con tal disposicion, hiziera su Excelencia vna cosa inepta, pues no es testamento el que no puede tener exito; y que este, no le pudiera tener: y que assi mostrò su gran capacidad en disponer de otra forma, y que dispuso cuerdamente en la que pudo.

En el segundo punto se muestra, que este que se llama testamento, no se deuiò reputar por tal, ni abrirse, ni manifestarse: porque quando passò à Toro el señor Conde Duque le dexò en Loeches en vn cofre, no solo olvidado, sino desestimado entre otros papeles de ninguna importancia, como cosa tal. Que quien le descubriò, fue el Secretario Antonio Carnero, entregando al Padre Ripalda la minuta, ò borrador dèl. Que si fuera tan platico de derecho, como de negocios de Estado no lo huviera hecho, que el sigillo, ò secreto de vn testamento cerrado obliga a todos los que le pueden descubrir à no le manifestar, hasta q̃ se abra solemnemente. De auer reconocido esta disposicion el Padre Ripalda, y juzgado a su entender, que en ella

tenia llamamiento la Casa de Leganès, luego que muriesse el Marques de Mayrena (niño, y enfermo) con preferencia a la de las Torres, mudó de parecer, y se tramò la tela deste pleyto. Antes que se llegue al vrdiembre de la primera traza, se repara, que ni se sabe, ni se puso por diligencia, donde, como, y en que forma se hallò este testamento, si los hilos estauan sanos, ò no; porque se pudieron poner, y cerrar de nueuo, por quien le manifestò, que no se sabe quien fuesse: enfin faltan muchas solemnidades para vn acto tan lleno de sospecha como este. Dizese, pues, que la primer traza que se buscò por el Padre Ripalda, para contrastar el poder de Toro, fue querer suplantar la voluntad de la señora Condesa, para que cinco dias antes que muriesse, pusiesse vna clausula en el primer codicilo, que desautorizasse el poder de Toro, y autorizasse el testamento del año de 42. Ponese a la letra la clausula, y en ella se nota su ineptitud, y desproposito, respecto de todo el tenor del codicilo, antes, y despues. Arrojase vna malicia, con el presupuesto de estar todo aquel codicilo escrito de letra del Padre Ripalda, y muy mala la señora Condesa quando se escriuiò, que podria auer quien dixesse, que no solo la forjò, como fue cierto el Padre Ripalda, sino que la puso, sin que su Excelencia tuviesse noticia della, por lo menos indiuidual, y dase à la clausula las inteligencias llanas, y juridicas que se dieron en tenuta. Ponderase el arte con que el testamento de 42. se entregò a la señora Condesa, y su Excelencia al Conde de Graxal, para que le pusiesse en Consejo despues de la muerte del Marques de Mayrena Don Gaspar: porque lo mas que de la señora Condesa pudieron conseguir fue, que declarasse, que nunca auia sido su animo disponer diferentemente, que lo que auia querido su marido, especialmente en quanto al Marques de Mayrena, que en esso se estuviesse a la voluntad que le fuesse mas fauorable; y en lo demàs, se guardasse el testamento cerrado que auia hecho en Loeches. Y lo que se consiguiò de el Consejo, con la apertura del testamento fue, que le desestimasse; y este fin ò exito buscavan los Abogados del señor Marques para su desengaño, como lo dexaron escrito.

En el tercer punto se funda, que quando se huviera de determinar la sucession por el testamento del año de 42. no ha venido, ni en muchos años se puede esperar, segun la presente postura de las cosas el caso del llamamiento de la Casa de Leganès. Discurrese en los tres ordenes de llamamientos. El primero de descendientes legitimos, è ilegitimos. El segundo de hembras transversales. El tercero de transversales, ò estraños promiscuamente varones, y hembras. Dizese, que discurriò por los descendientes hasta el año de 1648. en que muriò el segundo Marques de Mayrena Don Gaspar. Que entonces buscò el segundo orden de hembras transversales, con la calidad de posseedoras, ò inmediatas indubitables sucessoras de la Casa de Oliuares, que al tiempo de la delacion no las hallò tales, porque el señor Don Luis de Haro tenia hijas hembras; pero precedidas de dos hijos varones que oy viuen. Fundase con las palabras de el mismo testamento que el señor Conde Duque en este caso no llamò el tercer orden promiscuo de

transversales, y estraños, hembras, y varones, en que tiene su llamamiento la Casa de Leganès, antes bien suspendiò la sucession del Mayorazgo, mãdãdo que se aguardasse el caso preuenido de la hembra indubitable sucessora, y que entre tanto se empleasse la renta de todo el Estado, hasta que con sus empleos, y reempleos se impusiessen otros cien mil ducados de renta, para poblar las Algeciras, formar, y dotar vna escuadra de Galeones, y Zabras, para guardar el Estrecho de Gibraltar, cuya finca fundò solamente en la suspension destas vacantes. En caso que huviesse hembra posseedora, ò indubitable sucessora, la puso por condicion, que se huviesse de casar con descendiente de Ramiro Felipez de Guzman, Marques de Toral, Duque de Medina de las Torres, por los motiuos que da, y diò en la fundacion del año de 1628. de que se colige, que en este segundo orden de llamamientos, que era el proximo al de descendientes, fue predilecta la linea del Duque a las de las hermanas, y primos. Y porque se pone en duda por los Abogados del señor Marques, si la sucession de vn Mayorazgo puede estar suspensa, se funda ex professo, que lo puede, y deue estar, quãdo lo dispone el fundador, y se explica con todo cuydado la *l. vlt. ff. communia prædiorum.*

En el *appendice* deste §. se responde a dos ponderaciones escolasticas, que los Abogados del señor Marques hizieron, intentando probar, que este testamento no pudo ser revocado por el poder de Toro. La primera es, porque depuso el Padre Ripalda solo, y singular en este punto, que auiendo preguntado al señor Conde Duque el dia que otorgò el poder, si tenia hecho testamento? le respondiò que no. Y dando este hecho por legitimamente probado con sola esta deposicion, discurren assi. Luego si se acordara que tenia hecho el de el año de 642. no otorgara el poder; luego le otorgò por causa falsa final. Subsumen luego. Toda disposiciõ, hecha por causa falsa final, es invalida; luego este poder lo es. Respondese, que no solo se peca en la ilaciõ, sino en la inteligencia de la regla, porque no toda causa falsa, aunque sea, ò parezca final, vicia la disposicion, sino la que es *conditionaliter enuntiata*, que son dos requisitos. El primero, que sea tan determinadamente final, que põga en su euento la voluntad, y no en otro, esso quiere dezir conditionaliter. El segundo, enuntiada por el mismo testador en el testamento, ò disposicion, de forma, que conste de ella en la misma escritura, y à lo mas a que se alargaron los Autores es, à dezir, que bastaria que constasse de ella, por otros tantos testigos, quantos basten a autorizar, y solemnizar vn testamento. La segunda ponderacion es, que por ser este testamento hecho interliberos, tiene clausula legal derogatoria, por lo qual no se pudo reuocar, por la clausula general del poder, sin especial menciõ. Respondese a este commento, que testamento interliberos se llama el que potissima, y principalmente se haze entre los del testador: y algun emolumento se dà a estraños per accidens, per consequentias, non generali contemplatione: No aquel que haze qualquier padre, que tiene vno, ò otro hijo, a cuyo fauor dispone legalmente, mirando en lo demas por toda la familia. Que el señor Conde Duque tuuo, y en este estado tenia vn hijo legitimado, y dispuso en

lo comun contemplatione familiæ, conque es cosa impropia llamarle testamento interliberos. Dizese tambien, que esta clausula reuocatoria legal del testamanto interliberos, no es disposicion legal, sino inuencion de los Autores, que commentan, y no entienden bien la *Authentica hoc inter liberos, C. de testament.* que esta inuencion solo diò esta clausula derogatoria legal: esto es, que sin especialmencion no se pudiera reuocar el testamento interliberos a los mismos hijos, y a su fauor: no a los estraños, que participassen de aqnel testamento: respecto de los quales no consideran los Authores tal fauor, ni tal clausula, y se reuoca como todos los otros testamentos. Esta autentica, y principios del testamento inter liberos, se explica con algun cuidado, y se manifiesta de raiz, quan sin fundamento es esta oposicion.

§. 5. *Del poder de Toro, à num.* 120.

Este §. contiene el instrumento, q̃ ha determinado, y ha de determinar este pleyto, contra que se ha armado toda la jurisprudencia de los Abogados del señor Marques, y en su defensa la de los del señor Duque en esta Corte, con tanto cuidado, y diligencia, que a penas se puede echar nada de nueuo. Diuidese en quatro puntos.

El primero, llega hasta *el num.* 130. En el primero, pues, se descubre la intencion que tuuo el señor Conde Duque en instituir por heredera a la señora Condesa su muger, con quien tenia comunicadas sus disposiciones, como el poder dize: y prueban los testigos, que se refieren puntualmente auerlo dicho su Excelencia quando le otorgò. En esta intencion no se hablò en tenuta, y es muy natural; dizese que fue institucion fiduciaria, ò en confiança: ponense tres especies de instituciones fiduciarias, conocidas en derecho, aunque no vulgares. El efecto desta institucion se confiere en la execucion de ella, y entonces se manifiesta: y el que se cnmpla no es accidental, como se dize en las informaciones, sino de necessidad, porque deue cumplir la confiança, quien la interpuso. Por esto, aunque sea, exheredado el hijo, ò olvidado, que el derecho llama preterido, no se le dà la querella de inoficioso testamento contra el de el padre, ò la madre, que le exheredaron ò preterieron, porque no se tiene por inofficiosamente exheredado, sino cõ buena intencion, *bona mente*, por mirar por su mayor conueniencia. Vease pues, como cumpliò la señora Condesa la confiança que de ella hizo su marido. Con esta verdad se disuelven las oposiciones que se hazen, y se auian hecho en tenuta contra la sustãcia desta institucion. La primera, que no es de la natural inclinacion de vn noble de tan esclarecida Casa, y linage dexar al heredero sus Estados, grandeza, y titulos, y demas bienes, por herencia libre. Respondese, que es mirar la institucion por la corteza, que no los dexò para esso, sino para el efecto, en que se conuirtieron despues. La segunda, que instituir la muger, que enfin es estraña, y olvidar a vn hijo en vn moribundo, es acto que engendra sospecha. Respondese, que esta oposicion ple-

plebeya, nō milità en tal señora lo mas que venerò el siglo en calidad, y prendas personales. La tercera, que se olvidò de su hijo, y del nieto que esperaua, por dexar preñada a su nuera. Respondese, que no fue este olvido cō tra oficio de piedad, ni jamàs tuuo de su posteridad tanto acuerdo, como quando la dexò encomendada a tal heredera fiduciaria. La quarta oposiciō es, que parece cosa desvariada reuocar vn testamento tan cuidadosamente hecho, y con tan excelentes disposiciones, como el del año de 42. con sola vna palabra que contiene el poder de Toro. Para responder, se resume breuemente vn paralelo de las dos disposiciones en el Estado, en que el señor Conde Duque moria: y se pregunta qual pareceria mas desvariada disposicion en aquel Estado, y postura de cosas, y hazienda? Aplicanse al intento las dotrinas que enseñan, que en caso dudoso, tal se presume el juizio del testador, qual es el tenor de su disposicion: y se trae la sentencia de los Centum-Viros, sobre el testamento de Tutidano.

En *el punto* 2. desde *el num.* 131. *hasta el* 159. se trata de la formalidad y solemnidad del poder para testar. El Escrivano, por cuyo testimonio passò, dize, que se hizo conforme a la nota de Monte-Roso, que es bastante aprobacion por la autoridad deste Autor. Cotejase, y se halla no le faltar cosa alguna, hazense siete oposiciones, y a cada vna de por si se satisface. La primera, no auer testificado el Escriuano, que el testador estaua en su juizio. Respondese, que no es necessaria esta testificacion en poderes, ni ordinaria; porque no la puso Monte-Roso, ni se halla, que en ellos jamàs la aya puesto este Escriuano. Segunda, que los cinco testigos de el poder no son vezinos de Toro: Se responde, que auiendo Escrivano, no es necessario que los testigos, siendo cinco, sean vezinos del lugar donde se otorga el testamento. Tercera, que los testigos no fueron rogados, y llamados para el acto, sino de los que se hallaron a caso. Respondese, que la Ley del Reyno no pide este requisito: y que quando se aya de estar a la disposicion del derecho comun, que le pide, rogito, no es otra cosa que auisarlos del acto, a què interuienen; lo qual se hizo muy exactamente, auiendoles tomado a todos sus firmas que echaron al pie del poder. Quarta, que esta fue diligencia afectada, insolita, y sospechosa. Respondese, que fue prudente, y prouidente, y dase la razon dello. Quinta, que el Doctor Maroja, testigo instrumental contradize al poder, poniendo duda en el juyzio de quien le diò, y haziendole como perito, que no tenia el que era necessario para testar, con que contradiziendo vno, no queda numero legitimo de testigos. Respondese, q̄ aun quando contradixera derechamente negando su presencia, no bastàra para desautorizarle, que contradiziendo obliquamente, no el hecho que passò, sino la capacidad del otorgante, antes confirma el numero de la assistencia, pues le supone. Sexta oposicion, que el Escriuano no fue llamado, ni rogado, y que vino llamado por los interessados. Respondese refiriendo muy ex professo las deposiciones de los testigos, de que constan dos cosas; la vna, que fue llamado de orden de el señor Conde Duque Benauides; la otra, que quando entrò, supo, y conocio a lo que venia, y le recibiò muy

gra-

gratamente, que es con lo que los Autores se contentan, porque la ley de el Reyno no requiere esta solemnidad. Septima, que fue hecho este poder por interrogacion sugestiua de el Escriuano, no respondiendo el señor Conde Duque mas que si, à todo lo que se le proponia. Respondese, que esto solo lo dize el Padre Ripalda, y que aun su Compañero Maroja no contesta. Refierense los dichos de los testigos, que deponen indiuidualmente las palabras que hablò su Excelencia en el acto de otorgar el poder.

En el *punto* 3. desde el *num.* 160. *hasta el num.* 178. se trata de la legalidad de Bernardino de Benauides, Escriuano Real publico de el Numero, y Ayuntamiento de la Ciudad de Toro, por cuyo testimonio passò el poder para testar. Della dizen llana, y llenamente todos los testigos examinados por el señor Duque en el juyzio de tenuta, y en este de propriedad. En el de tenuta, ni se dixo, quanto mas articulò cosa contra ella por el señor Marques. En este de propriedad tampoco se articulò cosa contra su legalidad directamente; pero obliquamente se articulò, que con esperança de lo que auia de recibir despues, y por sus particulares fines, ordenò la fabrica de el poder, y la informacion que se hizo en Toro vn dia despues de la muerte del señor Conde Duque, y no la concluyen los testigos. Articulòse, que despues recibiò vna colgadura rica, vna alfombra, dos bufetillos de plata, vna capa aforrada en felpa, vn relox de muestra, dos espejos grandes, vn juego de chocolatera, y xicaras de plata, y vna piña de plata; pero la probança no correspondiò, porque la colgadura, y bufetillos no fueron dados, sino empeñados: y tampoco se apura si fue dada la alfombra. Los espejos, y chocolatera fueron dadiua del Marques de Mayrena en Loeches. Y lo que parece auer recibido de la grandeza de la señora Condesa, por la assistencia, fue el relox, y la capa, y quizàs la alfombra, que la que se llama piña de plata, fue dixe de vn niño. Cargasele tambien, de que fue solicitado, y regalado para que entregasse el poder original, y la informacion hecha en Toro. Descubrese que fue solicitud de los parientes de la Casa, no de la señora Condesa, contra el Duque de Medina de las Torres, cuyos interesses se auian ya trasluzido, à quien reputauan como a estraño. Oponese tambien, que quatro años despues recibiò quatro mil ducados de el señor Duque de Medina de las Torres, librados en las rentas de sus Estados de Leon. Desvanecese esta oposicion, aunque friuola, pues quando autorizò el poder, y informacion, no podia adiuinar el interès que al Duque se le auia de seguir. Oponesele, que cuydò de el pleyto del Duque, como si tuviera en èl interès proprio, y que solicitò los testigos, para que no hiziessen mas que ratificarse (en que solo ay vn dicho singular, todos los demàs solo dizen, que les hablaua, para que mirassen por su credito). Respondese, que esto es permitido, y mas quando la causa principal se ha complicado tanto con la legalidad del Escriuano, que el defecto della se ha querido hazer fundamẽto de la justicia. Acabase, apuntando las dotrinas de derecho, que enseñan quan concluyente ha de ser la probança de la infidelidad, y con quan vehementes indicios, y presunciones, para que haga falsario a vn Escriuano: y que se ha

de probar, no del tiempo despues, sino del tiempo antes, para que haga sospechosos los instrumentos: y para qne le haga falso, se ha de probar en el mismo acto.

En el *punto quarto*, desde el *num.* 179. *hasta el num.* 242. se trata la principal question deste pleyto, si el señor CondeDuque estana en juyzio, ò frenetico, quando otorgò el poder para testar en la Ciudad de Toro. Proponense las reglas de derecho comunes en estos puntos, que el furioso, y el frenetico no pueden testar: y la limitacion, sino es en tiempo de luzidos interualos. Explicase con cuydado, quales sean interualos diluzidos, y que integridad de entendimiento se requiera para testar. Dizese, que los Autores, que tomando los principios de otra materia, para aplicarlos a esta, piden perfectissimo diluzido intervalo: exceden, que vale el testamento, aunque padezca el doliente alguna perturbacion de las potencias, como no llegue a ser enagenacion de entendimiento; y aunque mezcle en el mismo acto de testar alguna palabra desordenada, ò desconcertada. Ponense los actos, porque se ha de probar el furor, y la doctrina comun, y recibida, de que quando ay duda, si el testador tuvo, ò no diluzido interualo, se ha de atender a la calidad de la disposicion, si es prudente, ò imprudente, para determinarla por lo obrado. Cõ estos presupuestos se entra a hazer juyzio de los dos testigos, (porque a la verdad no tiene otros) que tiene en su fauor el señor Marques de Leganès, que son el Doctor Cypriano de Maroja, y el Padre Iuan Martinez de Ripalda.

Del *Doctor Maroja* se nota, que antes de hazer la deposicion sumaria, que hizo, y en que despues se ratificó, fue siempre de parecer, y dixo, que quando otorgò el poder el señor Conde Duque, estaua en su entero juyzio. Traense los dichos de los testigos, que se lo oyeron; à que despues se opuso. Fundase, que por estò es à lo menos testigo mendaz, et fluxæ fidei. Dase la razon desta variacion, porque el señor Marques de Leganès fauoreció a Don Claudio su hijo, para que consiguiesse vna conducta en Flandes, y se la conseruassen. Con estos presupuestos se discurre en su dicho, capitula la enfermedad por *frenetis*, que es inflamacion del celebro, que trae por accidentes delirio perpetuo con calentura continua. Y esto no porque se hallasse al principio de la enfermedad, sino por la relacion que dos dias despues le hizo el Doctor Lazaro de la Fuente. Este Doctor, que fue el continuo de su Excelencia, no dize tal cosa, ni mas de que le ayudò a acostar; y que despues de acostado, reconociò que la calentura crecia, y que padecia la cabeça, y delirana, imputando el delirio a la calentura. Y es muy de notar esta diferencia, porque el Doctor Maroja sacò todas sus consequencias de la *frenetis*, que imaginò sin tener fundamento alguno para ello. Reconoce la mejoria de el Miercoles, hasta las onze del dia en que comiò; y dize, que se quedaua como olvidado: notase, que auian passado tres horas del otorgamiento del poder, y que quãdo en aquel tiempo, y sazon padeciera alguna suspension, esta no concluyera a el instante del acto. Tambien se nota, que se desentiende de el luzido interualo del Martes, que no ignorò, porque los testigos convencen su assisten-

tencia a èl, y lo que le hablò el señor Conde Duque. Confiessa despues, aunque con gran diminucion, y reserva, q̃ a beneficio de vn medicamento cō que se descargò naturaleza, cobrò el Miercoles por dos, ò tres horas algun juizio: y que èl mismo dispuso que a juizio de Confessor, y Cura recibiese el Viatico, y dispusiesse de sus cosas, como se executò. Notase, que no pudo negar que diò dictamen para todo esto: y ponderando las palabras de su dicho, se conuence, que lo mas que dize es, que tenia la cabeça flaca, y diminuta, pero que no estaua del todo perdida ella, ni la memoria. Ponderase vna euidente contradicion consigomismo. Y se ponen sus palabras a cerca de lo que dixo el señor Conde Duque quando otorgò el poder, de que consta no auer sido per interrogationem sugestiuam, como se notò contra el Padre Ripalda. Ponderase tambien otra inconsideracion, por auer dicho, que el auer respondido acordadamente a las preguntas que le hizo el Parroco q̃ le diò el Viatico, seria por el frequente habito que tenia de comulgar: Como si fueran necessarias en estas confessiones, ò comuniones tales palabras. Notase otra jactancia, porque fiado en que la enfermedad siempre fue *frenetis*, concluye que nunca pudo faltar: y negamosle que lo fuesse, ni que tuuiesse principios de que coligirlo. Tambien se nota otro error en principios naturales, y Medicos que pudiesse la enfermedad passar de la que el llama *frenetis* a letargo, sin el medio de templança. Epiloganse los defectos, y tachas de este testigo, haziendo particular juizio de su deposicion.

Discurrese en las mismas tachas que militan contra el *Padre Ripalda*, q̃ fue siēpre de cōtrario parecer, y fauorable a la sanidad del juizio del señor Conde Duque quando otorgò el poder hasta que tuuo sentimiento del señor Duque, y mudò de opinion; ponderanse sus diligencias, y inconsequencias, y que es testigo examinado litependente, & parte non citata, que es lo mismo que sino huuiera depuesto, aunque se abone. Comiençase a reparar la mucha ossadia, en dezir, que fue el primero que conociò la enfermedad del señor Conde Duque, y que reconociò que començò por dilirio, por los muchos negocios que tratò con su Excelencia, como si aquella ocasion lo fuera para tratar negocios de importancia. No asienta en lo que passò de verdad, ni dá señas de tanta noticia, como pondera. Depone en quanto al lucido intervalo del Miercoles lo que el Doctor Maroja, aunque con mas diminucion. Calla el que se tratò que se confessasse, y que le confessò, y huye el cuerpo a todas las acciones de que se puede arguir en su Excelencia, sanidad de juizio. Hazele despues como perito en el arte, que no estaua con todo aquel que es necessario para hazer testamento, quando otorgò el poder: y a qui mete la hoz en mies agena: pues vn Teologo no puede saber, ni deponer propriamente, lo que es tan propio de la jurisprudencia, como ajustar, que sanidad de entendimiento basta para testar. Falta tambien en tres razones, que dà como Medico, a demas de ser singular en el hecho de las dos. En quanto a la informacion de Toro, dize, que se hizo para prendar los testigos, que no dixessen despues contra el poder. En este fin es singular: pero quando fuesse cierto la culpa tuuo èl, que fue el vnico Arquitecto

des-

desta informacion. Dize, que la desseò recoger la señora Condesa, para que valiesse el testamento del año de 42. Refutase esta singularidad con las instancias que queda refutado en el punto antecedente de la legalidad del Escriuano. y conque era cautela, no necessaria en su Excelencia, pues a menos costa, y ruido le podia suscitar, y dar vida, reuocando el que auia hecho como heredera, y mandando que aquel valiesse. Dize lo que èl mismo trazò con la declaracion que puso en el codicilo de 5. de Septiēbre de 1647. Pero para su respuesta nos remitimos al §. 4. *desde el num.* 77. Vltimamente se haze vn Epilogo de las tachas, y defectos que padece el Padre Ripalda, y su deposicion.

Acabada la censura de la probança del señor Marques, que se reduce a estos dos testigos: se passa a la probança del señor Duque: premitiendo primero lo dificultoso que el derecho reputa probar el furor, ò frenesi, y lo facil, y natural que es probar la sanidad de entendimiento. Tambien se supone, que desde que amaneciò el Miercoles, recobrado a su sano juizio, hasta las doze, ò vna del dia, que despues de auer comido sobrevino el letargo, no huuo accidente, variedad, ò simptoma nueuo, que obligue a dezir que se aya de hazer diferente censura de vn tiempo, ù de vn rato a otro. Hazese diuission de tiempos: del primero, quando los criados de asistencia, y el Dotor Medina le hallaron con la mejoria. Quando se auisò a la señora Condesa, y auiendo llegado con conferencia del Padre Ripalda, y los Medicos se acordò que dispusiesse de su conciencia, y hazienda. De quando otorgò el poder, y luego inmediatamente la cession de la tabla franca, a fauor del hijo de Iuan Vicente ante el mismo Escriuano: y del que auiendose confessado recibiò el Viatico. Y a rato despues comiò, en que passaron seis horas segun la mas comun letura de los testigos. De las acciones acordadas que hizo, y de las palabras judiciosas que hablò en todos estos tiempos, por ser el interualo continuo, se prueba con treinta y quatro testigos de vista, y mas de otros treinta de oidas, que no solo quando otorgò el poder, sino en todo aquel espacio de tiempo estuuo en quietud, y sanidad cabal de juizio el señor Conde Duque, refiriendose los testigos de mas suposicion. Ponderase con especialidad el dicho de Simon Santos, oficial del Escriuano que escriuiò en limpio el poder, y la forma conque le lleuò, quando le entrò a otorgar el Escriuano, en que no solo no se halla sospecha de falsedad, sino vn estilo sincero, y vsado en quantas escrituras se otorgan, dexar blanco para poner los nombres de los testigos, y firmas de los otorgantes, si pueden, ò saben firmar.

Y aunque en los escritos de bien probado del señor Duque, està respondido por menor a la oposicion que se haze a cada testigo de por si: Se responde, y funda la respuesta a cinco classes de oposiciones a q̄ todas se puedē reducir: q̄ algunos testigos examinados en propriedad, varian de lo q̄ auian dicho en tenuta: Se respōde q̄ no se hallarà variaciō en lo sustāciàl: y quādo la huuiera, no se les auiēdo leido el dicho (como no se les leyò la segūda vez) se deue estar a lo q̄ dixerō la primera: porq̄ el oluido, passado algun tiempo es

es cosa natural en el hõbre. Que algunos testigos son cõtrarios à todos los demas, porque dizen que en los tiempos que assistieron a la enfermedad del señor Conde Duque, no vieron que estuuiesse fuera de su juizio; ni que hablasse, ni obrasse como tal, sino con vn genero de suspension. Se responde, que aunque se lea con toda especulacion la probança, no se hallaràn acciones arrebatadas, mas que resistencia a las medicinas, y vianda, llamar los criados estando presentes: y esta suspension solo ay vn testigo que diga de acto de querer leuantarse de la cama: Pero quando fuesse assi, lo que estos testigos dizen se reduce al tiempo de su assistencia, que no concluye al de toda la enfermedad, conque no pueden ser contrarios a los demas deponiendo negatiuamente contra los testigos de la informacion de Toro, y contra los testigos que se examinaron en esta Corte ante vn Teniente, por parte del señor Duque, se opone que fue fraudulentamente, y para prendarlos. Pero refiriendose a lo que està dicho, enquanto a la informacion de Toro: Se responde, que lo mismo hizo el señor Marques: y que quando no fuera diligẽcia permitida, como lo es, por esso solo no pudiera impugnarla. Oponese tambien que algunos testigos son legatorios de la señora Condesa en los testamentos que hizo en execucion del poder de Toro. Respondese, que esta excepcion no toca en los testigos que depusieron a la informacion de Toro, que no pudieron preuenir lo que despues auia de suceder, y que ni contra los que depusieron despues es excepcion estimable en derecho. Oponese que otros son criados de la señora Condesa, ù de los Marqueses de Mayrena, ù del señor Duque. Y se responde, que en quanto a probar la sanidad del juizio, ò frenesi, ningunos son testigos mas idoneos que los domesticos: y que en quanto al testimonio testamentario, no se entienden por domesticos los criados de grandes señores, por las obligaciones de los que los siruen, sino de criados viles.

Ponderanse tambien las buenas calidades, y prerogatiuas de nuestra probança. La primera, la franqueza conque se abriò la puerta a todo el Pueblo de la Ciudad de Toro Eclesiastico, y Seglar, para que entrase acompañado el Santissimo Sacramento quando le recibiò por Viatico; que si se administrara como a frenetico, ò como a quien no estaua en entero vso de su razon, y entendimiento ni se franqueara assi, ni deuiera. La calidad de los testigos, el Cura, muchos Religiosos, y Sacerdotes. Cotejase la tacha que se opone al Cura de ser pariente por afinidad del Escrivano, con las opuestas al Padre Ripalda. Dos Medicos que deponen como assistentes de vista, y como peritos contestando ser mas probable en Medicina, y Filosofia lo que deponen a cerca del lucido intervalo perfecto que lo que depuso el Dotor Maroja, y por resumpta se cotejan ambas probanças.

§.6. *Desde el num. 243. hasta el num. 255.*

En este §. se refieren las disposiciones que la Señora Condesa hizo en execuciõ del poder de Toro, el testamento que otorgò, como comissaria de

su marido en Loeches a 21.de Nouiembre de 1645. Y como heredera quatro dias despues, y dos codicilos. El primero a 7.y el segundo a 9. de Setiembre de 1647.en esta Villa de Madrid. Y el papel sellado, y cerrado que dexò dicha señora como apendice del testamento que se abriò a 2.de Março de 1648. Contra estos instrumentos no se ha dicho cosa alguna directamente. Solo se impugnan en obliquo, diziendo que son nulos, como executados en virtud de poder nulo. Hazese vna larga comparacion de la voluntad que descubriò el señor Conde Duque, desde la disposicion del año de 1628.hasta el testamento del año de 1642.al señor Ramiro Nuñez Felipez de Guzman, Marques de Toral, Duque de Medina de las Torres, y a su Guzmania, y descendientes, prefiriendole a los de sus hermanas, y primos, para que se reconozca que en la preferencia que le diò la señora Condesa, no obrò por su dictamen, sino por la voluntad participada de su marido, y que si duraran los llamamientos en la forma que los dexò en el testamento de 42. aun esse tenia mejor parte, y era preferido el señor Duque, y su descendencia. Tocase lo de la clausula que el Padre Ripalda puso en el primer codicilo, con intento de malquistar las disposiciones de la señora Condesa, y se dà satisfacion refiriendose a los §§.antecedentes.

§.7.*Desde el num.255.hasta el 258.*

Contiene el estado de la controuersia que este pleyto tuuo en tenuta, que no es otro que el que tiene en propiedad. El señor Duque fundò en el poder de Toro, y en las disposiciones en su virtud fechas, como posteriores validas, y perfectas en derecho que rompieron el testamento del año de 42. aunque fuessen nuncupatiuas, si auia en el que romper. El señor Marques, diziendo de nulidad del poder de Toro, por todas las razones que se han pöderado, y pretendiendo auer llegado el caso de su llamamiento; pretendiò por el testamento del año de 42. Por el mismo pretendiò la señora Doña Antonia de Haro y Guzman, hija mayor del señor Don Luis de Haro: y en caso que no huuiesse lugar a la delacion, desde luego pidiò se suspendiesse la sucession, y possession del Mayorazgo, hasta que viniesse el caso de hẽbra posseedora, o inmediata indubitable sucessora de la casa de Oliuares, y oy no sigue. En esta controuersia, y con los mismos fundamentos de hecho, y derecho obtuuo el señor Duque.

§.8.*Desde el num.258.hasta el fin.*

Contiene el præiudicio exemplar, y autoridad que causa la sentencia de tenuta para este juizio de propiedad. Tratase del remedio de la ley 45. de Toro, y del efecto, y formalidad del juizio de tenuta, que el efecto fue de possession interinaria sumarissima por la ley 9.de possession plenaria, ò possessorio iuris por la l.10.remitiendose desde entonces a las Chancillerias sola la propiedad. La formalidad tambien variò; porque por la l.9. y

io.se conocia de las tenũtas en dos instancias, y aũn en grado de segũnda suplicacion. Por las pragmaticas mas nueuas se quitò primera, y segunda suplicacion, y cõ vna sentencia se determina con termino probatorio de 80. dias, que la ley puede abreviar los terminos de los pleytos, dexando el que basta para aueriguar la verdad, conservando el mismo efecto, y derecho. Que en tenuta, por ser possessorio iuris, se conoce del titulo, y de su valor, con todas las inuestigaciones conque se conoce en la propriedad, y en quanto alcança la dilacion del termino que se concede, sin conocerse mas en vn juizio que en otro, quando no se dà mayor conocimiento. Destos principios saco yo vna consequencia, que solo puede perder por mia, y por nueua, que sin nueuos autos no se puede reuocar en la Chancilleria lo determinado en Consejo en tenuta, porque es remission de accion, y no de autos. Quando se desestime, por lo menos queda en fuerça de grauissimo exemplar lo juzgado por el Consejo, que no se debria desestimar sin euidente injusticia.

LAVS DEO.

Doctor Don Ioseph
Fernandez de Retes.